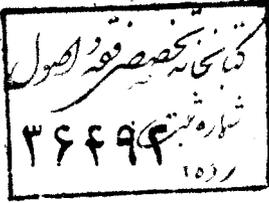


دكتور
عبد الجواد خلف



من قضايا الفقه المعاصرة

الزكاة - الإجهاض - التأمين - النقود



دار البيان
للنشر والتوزيع





الزكاة

الزكاة

مبحث في تعريف الزكاة:

مشروعيتها ، ودليل المشروعية .، وحكمتها .

١- الزكاة في اللغة :

الزكاة (بالزین) وهى الراء المهملة لها معان فى اللغة منها :

١- النماء والزيادة: من زكا يزكو زكاة وزكاءً.

ومنه قول الإمام على-كرم الله وجهه - العلم يزكو بالإنفاق».

٢- الصلاح : ومنه قوله تعالى : ﴿ فأردنا أن يبدلهما ربهما خيراً منه

زكاة﴾. قال الفراء : صلاحاً

وأما الذكاة (بالذال) .: وهى الدال المهملة فمعناها الذَّبْحُ ومنه ذكيت

الأضحية أى ذبحتها.

٢- واصطلاحاً : أداء حق فى مال مخصوص على وجه مخصوص

وتطلق الزكاة: على الفرض ، والواجب، والمندوب.

مشروعيتها (أى حكمها) أنها فريضة من فرائض الإسلام وركن من

أركانه.

ثبتت فرضيتها بالكتاب، والسنة ، والإجماع :

١ - فمن الكتاب ؛ ﴿أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾.

٢- ومن السنة : قوله ﷺ بنى الإسلام على خمس ... ومنها : إيتاء

الزكاة.

٣ - الإجماع : فقد أجمع الصحابة على فرضيتها ، وعلى قتال مانعيها.

حكمة مشروعيتها:

أ- أن الصدقة وإنفاق المال في سبيل الله يطهران النفس من الشح والبخل ، وسيطرة حب المال على مشاعر الإنسان ، ويزكيه بتوليد مشاعر المودة ، والمشاركة في إقالة العثرات ، ودفع حاجة المحتاجين ، أشار إلى ذلك قول الله تعالى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ﴾ . وفيها من المصالح للفرد والمجتمع ما يعرف في موضعه ، ففرض الله تعالى من الصدقات حدا أدنى ألزم العباد به ، وبين مقاديره ، قال الدهلوى، إذ لولا التقدير لفرط المفرط ولاعتدى المعتدى.

ب - الزكاة تدفع أصحاب الأموال المكنوزة دفعا إلى إخراجها لتشارك في زيادة الحركة الاقتصادية ، يشير رلى ذلك قول النبي ﷺ « ألا من ولى يتميا له مال فليترجر فيه ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة» .

ج- الزكاة تسد حاجة جهات المصارف الثمانية وبذلك تستفى المفاسد الاجتماعية والخلقية الناشئة عن بقاء هذه الحاجات دون كفاية.

مبحث على من تجب الزكاة:

اتفق الفقهاء على أن الزكاة واجبة على (١) المسلم (٢) العاقل، (٣) البالغ (٤) الحر رجلا كان أو امرأة، (٥) إذا بلغ ماله نصاب الزكاة ، (٦) إذا

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية.

حال الحول على هذا المال ، (٧) وإذا كان المزكى متمكنا من أداء الزكاة ،
(٨) إن كان المزكى عالما بفرضيتها.

واختلفوا فى وجوبها على :

(١) الصغير والمجنون . (٢) على المرتد وغير المسلم .

(٣) عليمن لم يعلم بفرضيتها .

(٤) علي من لم يتمكن من أداء الزكاة .

وبيان الخلاف فى هذه المسائل على النحو التالى :

أولا : الزكاة فى مال الصبى والمجنون ، ويلحق بهما الزكاة فى مال

الجنين :

١- قال الحنفية لا تجب الزكاة فى مال الصبى والمجنون ، إلا فى الزروع
والثمار ، وزكاة الفطر ، وذلك للأدلة الآتية :

(١) قول النبى ﷺ رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون حتى يفتق ، وعن
النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم .

(٢) أن الزكاة عبادة فلا تتأدى إلا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا
اختيار للصبى ولا للمجنون .

(٣) قياسا على عدم وجوبها على الذمى لأنه ليس من أهل العبادة وهذا
قول على وابن عباس - رضى الله عنهما .

٢- وقال المالكية والشافعية والحنابلة : تجب فى مال الصغير والمجنون

للأدلة الآتية :

(١) قول النبي ﷺ ألا من ولى يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة - أخرجه الترمذى .

(٢) أن الزكاة مال يتعلق بها حقوق المال، وأنها يراد بها الثواب ومواساة الفقير، والصبي والمجنون من أهل الثواب، وأهل المواساة، والولى يخرجها عنهما.

وهذا قول عمر، وعائشة من الصحابة رضى الله عنهم .

٣- وقال الثورى والأوزاعى: تجب الزكاة فى مال الصبى والمجنون لكنها لا تخرج حتى يفىق المجنون ويبلغ الصبى .

ودليلهما : أن الولى ليس له ولاية الأداء عنهما.

ثانيا : الزكاة فى مال المرتد وغير المسلم :

١- مذهب الحنفية : لا زكاة على المرتد فى ماله.

لأن الزكاة من شرطها النية عند الأداء، والنية فيها عبادة والمرتد كافر ونيته غير معتبرة قياسا على الصلاة.

٢ - وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الواجب على المرتد من الزكاة ما إذا كانت رده بعد تمام الحول وكمال النصاب.

ودليلهم : أن الزكاة حق مال لا يسقط بالردة قياساً على الدين ، فيأخذه الإمام من ماله كما يأخذ الزكاة من المسلم الممتنع عن أدائها ، فإن أسلم بعد ذلك لم يلزمه أدائها.

وأما الكافر: فلا تجب الزكاة فى ماله اتفاقاً لأنه حق لم يلزمه ، وهى طهارة والكافر لا طهارة له.

ثالثا : الزكاة فى مال المسلم الذى لم يعلم بفرضية الزكاة :

١- ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أنه لا زكاة عليه ما دام لم يعلم لأن العلم بكون الزكاة فريضة شرط لوجوب أدائها.

٢- وذهب المالكية والشافعية والحنابلة ، وزفر من الحنفية إلى أن العلم بوجوبها ليس شرطا لأدائها ، لذا تجب الزكاة فى مال من لم يعلم بفرضيتها ، فتجب الزكاة على الحربى إذا أسلم فى دار الحرب، ويخاطب بأدائها إذا خرج إلى دار الإسلام.

رابعا : من لم يتمكن من الأداء:

١- يرى الحنفية والحنابلة أن التمكن من الأداء ليس شرطا من شروط وجوب الزكاة.

لمفهوم قول النبى ﷺ : لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول».

ومفهوم الحديث : وجوبها عليه إذا حال الحول على النصاب، ولأن الزكاة عبادة مالية يثبت وجوبها فى الذمة مع عدم إمكان الأداء كثبوت الديون فى ذمة المفلس.

٢ - ويرى المالكية والشافعية : أن التمكن من الأداء شرط لوجوب الأداء، فلو حال الحول على النصاب ثم تلف المال قبل أن يتمكن صاحبه من الأداء فلا زكاة عليه إذا لم يقصد الفرار من ذلك.

وعللوا ذلك : بأن الزكاة عبادة فيشترط لوجوبها إمكان أدائها كالصلاة والصوم.

مبحث: في شروط المال الذي تجب فيه الزكاة

يشترط في المال الذي تجب فيه الزكاة ما يلي:

الشرط الأول : أن يكون المال مملوكا لمالك معين.

فلا زكاة في الوقف ، والخيل المعدة في سبيل الله لأنها غير مملوكة ، لأن في الزكاة تمليكا ، والتمليك في غير المال لا يتصور ولا تجب في مال المسلم الذي ملكه العدو ، وأحرزه بداره وزال ملك المسلم عنه ، ولا في المال الموصى به لغير معينين.

الثاني : أن تكون ملكية المال ملكية تامة مطلقة:

بمعنى أن يكون المال في يد مالكة ينتفع به ويتصرف فيه ، فلا يكون الملك ناقصا كمال الضمارة وهو كل مال ليس لمالكة يد عليه كالبيعير الضال، والمال المفقود، والساقط في البحر ، والمال الذي صادره السلطان والدين الذي جحده آخذه وليس للمالك بينه ، والمال المغصوب الذي لا قدرة لصاحبه علي رده ، والمال المدفون في الصحراء إذا خفي على دافنه.

الثالث : أن يكون المال ناميا :

ومعنى نموه هو قبوله للزيادة علي وجه لا يصبر به المذكي فقيرا ويتحقق النماء في المال بحسب اختلاف أنواع هذا المال.

١- الأنعام السائمة : يتحقق النماء فيها بالدر والنسل.

٢- الزروع والثمار : نموها ظهور بذرها واستواؤها ولهذا وجب فيها

الحق يوم حصادها.

٣ - الذهب والفضة : ناميان بأصل الحلقة.

٤ - عروض التجارة : نموها بالتجارة فيها وتقليبها في السوق.

وفقد النماء يمنع وجوب الزكاة في المال.

الرابع : الزيادة علي الحاجة الأصلية:

فلا زكاة في دور السكنى ، ولا أثاث المنازل، ولا دواب الركوب، ولا كتب العلم المقتناة لأهلها وغير أهلها.

الخامس : حولان الحول علي النصاب:

والمراد به أن يتم على المال بيد صاحبه سنة قمرية كاملة ، فإن لم تتم فلا زكاة فيه إلا أن يكون بيده مال آخر بلغ نصابا تم حوله عليه وكان المالان مما يضم أحدهما إلي الآخر.

إلا أن هناك بعض الأموال التي تجب الزكاة فيها دون اشتراط حولان الحول عليها وهي:

الغلال الزراعية ، والمعادن والركاز : لقوله تعالى : ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾ ولأنها نماء بنفسها كما ذكرنا.

سادسا : أن يبلغ المال نصابا :

والنصاب هو : مقدار المال الذي لا تجب الزكاة في أقل منه.

ولما كانت الأموال مختلفة الأجناس . فإن النصاب يختلف باختلاف

هذه الأجناس على النحو التالي:

١ - نصاب الذهب: إذا بلغ عشرون مثقالا (عشرون دينارا من الذهب)

وتساوي (٨٥) جراما من الذهب. ففيه نصف دينار

٢- نصاب الفضة : مائتي درهم (خمسة أواق) والأوقية تساوي أربعين درهما ، وهو ما يساوي الآن (٥٩٥) جراما من الفضة ، فإذا بلغت ذلك ففيها خمسة دراهم.

٣- أما عروض التجارة : فتقوم بنصاب الذهب السابق وفيها ربع العشر وهو (٢٠٪).

٤- نصاب الأنعام : وهي الإبل ، والبقر (ويلحق به الجاموس) ، والغنم (ويلحق به الماعز) فبيان أنصبتها علي النحو التالي:

أولا: الإبل^(١)؛

عدد الإبل	القدر الواجب
من ١-٤	- ليس فيها شيء
من ٥-٩	- فيها شاة واحدة.
من ١٠-١٤	- فيها شاتان
من ١٥-١٩	- فيها ٣ شياه
من ٢٠-٢٤	- فيها ٤ شياه
من ٢٥-٣٥	- فيها بنت مخاض

(فإن لم يوجد فيها بنت مخاض يجزئ ابن لبون ذكر).

- ٣٦-٤٥ بنت لبون

(١) موسوعة الفقه الكويتية.

- من ٤٦ - ٦٠ - حقة

- من ٦١ - ٧٥ - فيها جذعة

- من ٧٦ - ٩٠ - فيها بتالبون

- من ٩١ - ١٢٠ - فيها حقتان

- من ١٢١ - ١٢٩ - فيها ٣ بنات لبون

- من ١٣٠ - ١٣٩ - فيها حقة وبتا لبون

- من ١٤٠ - ١٤٩ - حقتان وبت لبون

- من ١٥٠ - ١٥٩ - فيها ٣ حقاق

- من ١٦٠ - ١٦٩ - فيها ٤ بنات لبون

وهكذا في ما زاد، في كل ٤٠ بنت لبون، وفي كل ٥٠ حقة.

وهذا الجدول جار علي مذهب الشافعية، ورواية في مذهب الحنابلة،

وهو قول الأوزاعي وإسحاق، وأوله إلي ١٢٠ مجمع عليه، لتناول

حديث أنس له، وعدم الاختلاف في تفسيره.

واختلف فيما بين ١٢١ - ١٢٩ فقال مالك يتخير الساعى بين حقتين

وثلاث بنات لبون، وذهب أبو عبيد، وهو الرواية الأخرى عن أحمد إلي

أن فيها حقتين، لأن الفرض لا يتغير إلا بمائة وثلاثين.

وذهب الحنفية إلي أن الفريضة تستأنف بعد ١٢٠، ففي كل خمس مما

زاد عليها شاة بالإضافة إلي الحقتين، فإن بلغ الزائد ما فيه بنت مخهاض

أو بنت لبون وجبت إلي أن يبلغ الزائد ما فيه حقة فتجب، ويمثل ذلك

القدر الواجب	الجدول التالى لإبل
حقتان	١٢١ - ١٢٤
حقتان وشاة	١٢٥ - ١٢٩
حقتان وشاتان	١٣٠ - ١٣٤
حقتان و٣ شياه	١٣٥ - ١٣٩
حقتاه، ٤ شياه	١٤٠ - ١٤٤
حقتان و بنت مخاض	١٤٥ - ١٤٩
٣ حقاق	١٥٠ - ١٥٤
٣ حقاق وشاة	١٥٥ - ١٥٩
٣ حقاق وشاتان	١٦٠ - ١٦٤
٣ حقاق و٣ شياه	١٦٥ - ١٦٨
٣ حقاق و٤ شياه	١٧٠ - ١٧٤
٣ حقاق و بنت مخاض	١٧٥ - ١٨٥
٣ حقاق و بنت لبون	١٨٦ - ١٩٥
٤ حقاق	١٩٦ - ١٩٩
٤ حقاق أو ٥ بنات لبون	٢٠٠ - ٢٠٤
٤ حقاق أو ٥ بنات لبون وشاة	٢٠٥ - ٢٠٩

وهكذا

واحتجوا بما في حديث قيس بن سعيد أنه قال : « قلت لأب بكر بن محمد بن عمر بن حزم : أخرج لي كتاب الصدقات الذي كتبه رسول الله ﷺ قال : فأخرج كتابا في ورقة وفيه : فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة» .

ثانيا : البقر (والجاموس) :

بينت السنة نصاب زكاة البقر والقدر الواجب، وذلك فيما روي مسروق « أن النبي ﷺ بعث معاذا رضي الله عنه إلي اليمن وأمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً ، ومن البقر من كل ثلاثين تبيعا ، ومن كل أربعين مسنة» .

وروي عن معاذ رضي الله عنه نحو ذلك ، وفي حديثه « وأمرني رسول الله ﷺ أن لا آخذ فيما بين ذلك شيئا إلا إن بلغ مسنة أو جذعا - يعني تبيعا - وأن الأوقاف لا شيء فيها» .

وبناء على الحديثين المذكورين تؤخذ زكاة البقر حسب الجدول التالي :

عدد البقر	القدر الواجب
٢٩-١	لا شيء فيها
٣٩-٣٠	تبيع (أو تبيعة)
٥٩-٤٠	مسنة
٦٩-٦٠	تبيعان
٧٩-٧٠	تبيع ومسنة
٨٩-٨٠	تبيعان
٩٩-٩٠	٣ أتبعه
١٠٩-١٠٠	تبيعان
١١٩-١١٠	تبيع ومستنان
١٢٩-١٢٠	٤ أتبعه أو ٣ مسنات

وهكذا في كل ثلاثين تبع أو تبعة ، وفي كل أربعين مسنة .
وعلي هذا تجري مذاهب جماهير العلماء ، وفي ذلك خلاف في بعض
المواضع ، منها:

- ذهب سعيد بن المسيب والزهرى خلافا لسائر الفقهاء ، إلي أن في
البقر من (٥-٢٤) في كل خمس شاة قياسا علي زكاة الإبل ، لأن البقرة
تعدل ناقة في الهدى والأضحية .

ثالثا: الغنم (والماعز):

عدد البقر	القدر الواجب
٣٩-١	لا شئ فيها
٤٠-١٢٠	شاة
١٢١-٢٠٠	شأتان
٢٠١-٣٩٩	٣ شياه
٤٠٠-٤٩٩	٤ شياه
٥٠٠-٥٩٩	٥ شياه

وهكذا ما زاد عن ذلك في كل مائة شاة شاة مهما كان قدر الزائد .
وعلي هذا تجري مذاهب جمهور الفقهاء ، وأول هذا الجدول وآخره
مجمع عليه .

- واختلف فيه فيما بين (٣٠٠-٣٩٩) فقد ذهب النخعي وأبو بكر من
الحنابلة إلي أن فيه أربع شياه لا ثلاثة ، ثم لا يتغير القدر الواجب إلي

(٥٠٠) فيكون فيها خمس شياه كقول الجمهور ، واستدل هؤلاء بأن النبي ﷺ في حديث أنس المتقدم جعل الثلاثمائة حدا لما تجب فيه الشياه الثلاثة فوجب أن يتغير الفرض عندها.

رابعاً: الخيل:

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم صاحباً أبي حنيفة إلي أن الخيل التي ليست للتجارة لا زكاة فيها ولو كانت سائمة واتخذت للنماء، وسواء كانت عاملة أو غير عاملة ، واستدلوا بقول النبي ﷺ: « وليس علي المسلم في فرسه وغلामه صدقة» وقوله: « قد عفوت عن صدقة الخيل والرقيق».

وذهب أبو حنيفة وزفر إلي أن الخيل إذا كانت سائمة ذكورا وإناثا ففيها الزكاة، وليس في ذكورها منفردة زكاة ، لأنها لا تتناسل ، وكذلك في الإناث منفردات، وفي رواية عن أبي حنيفة في الإناث المنفردات زكاة لأنها تتناسل بالفحل المستعار ، وروي عنه أيضا أنها تجب في الذكور المنفردات أيضا.

واحتج له بقول النبي ﷺ في الخيل: « هي لرجل أجر ، ولرجل ستر» ، وعلي رجل وزر فساق الحديث إلي أن قال في الذي هي له ستر. ولم ينس حق الله في رقابها.

خامساً: زكاة الفلوس:

الفلوس ما صنع من النقود من معدن غير الذهب والفضة .

وقد ذهب الحنفية إلي أن الفلوس إن كانت أثماناً رائجة أو سلعا للتجارة تجب الزكاة في قيمتها ، وإلا فلا.

وحكم الفلوس عند المالكية حكم العروض، نقل البناني عن المدونة ،
من حال الحول علي فلوس عنده قيمتها مائتا درهم فلا زكاة فيها إلا أن
يكون مديرا فيقومها كالعروض. قالوا : ويجزئ إخراج زكاتها منها (أى
فلوسا) على المشهور. وفي قول : لا يجوز ، لأنها من العروض ، والعروض
يجب إخراج زكاتها بالقيمة دنائير من الذهب، أو دراهم من الفضة.

وعند الحنابلة إن كانت الفلوس للنفقة فلا زكاة فيها ، كعروض القنية ،
وإن كانت للتجارة كالتي عند الصيارفة تزكي زكاة القيمة ، كسائر عروض
التجارة ، ولا يجزئ إخراج زكاتها منها بل تخرج من ذهب وفضجة ،
كقولهم في العروض.

سادسا: زكاة الجواهر الثمينة الأخرى:

لا زكاة في المواد الثمينة المقتناة إذا كانت من غير الذهب والفضة ،
وذلك كالجواهر من اللؤلؤ والمرجان والزمرد والفيروز ونحوها ، وكذا ما
صنع من التحف الثمينة من حديد أو نحاس أو صفر أو زجاج أو غير
ذلك، وإن حسنت صنعتها وكثرت قيمتها ، فإن كانت عروض تجارة ففيها
الزكاة علي ما يأتي.

سابعا: زكاة الأوراق النقدية:

مما لا شك فيه أن الزكاة في الأوراق النقدية واجبة ، نظرا لأنها عامة
أموال الناس ورؤس أموال التجارات والشركات وغالب المدخرات ، فلو
قيل بعدم الزكاة فيها لأدى ذلك إلى ضياع الفقراء والمساكين ، وقد قال
الله تعالى: ﴿ وفي أموالهم حق للسائل والمحروم ﴾ ولا سيما أنها أصبحت

عملة نقدية متواضعا عليها في جميع أنحاء العالم، وينبغي تقدير النصاب فيها بالذهب أو الفضة.

ثامنا: زكاة الزروع والثمار:

ما تجب فيه الزكاة من أجناس النبات :

أجمع العلماء علي أن في التمر (ثمر النخل) والعنب (ثمر الكروم) من الثمار ، والقمح والشعير ، من الزروع الزكاة إذا تمت شروطها ، وإنما أجمعوا علي ذلك لما ورد فيها من الأحاديث الصحيحة ، منها حديث عبد اله بن عمرو رضي الله عنهما مرفوعا: « الزكاة في الحنطة والشعير والتمر والزبيبي » وفي لفظ « العشر في التمر والزبيب والحنطة والشعير » ومنها حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: « إنما سن رسول الله ﷺ الزكاة في هذه الأربعة الحنطة والشعير والزبيب والتمر » ، وعن أبي بردة عن أبي موسى ومعاذ رضي الله عنهم أجمعين « أن رسول الله ﷺ بعثهما إلي اليمين يعلمان الناس أمر دينهم ، فأمرهم أن لا يأخذوا الصدقة إلا من هذه الأربعة: الحنطة والشعير والتمر والزبيب ».

ثم اختلف العلماء في ما عدا هذه الأصناف الأربعة:

فذهب أبو حنيفة إلي أن الزكاة تجب في كل ما يقصد بزراعته استنماء الأرض، من الثمار والحبوب والخضروات والأبازير وغيرها مما يقصد به استغلال الأرض، دون ما لا يقصد به ذلك عادة كالحطب والحشيش والقصب (أي القصب الفارسي بخلاف قصب السكر) والتبن وشجر القطن والبادنجان وبذر البطيخ والبذور التي للأدوية كالحلبة والشونيز ،

لكن لو قصد بشئ من هذه الأنواع كلها أن يشغل أرضه بها لأجل الاستنماء وجبت الزكاة ، فالمادة علي القصد.

واحتج بقول النبي ﷺ « فيما سقت السماء أو كان عشريا العشر » فإنه عام فيؤخذ علي عمومه ، ولأنه يقصد بزراعته نماء الأرض واستغلالها لها فأشبهه الحب.

وذهب صاحبنا أبي حنيفة إلي أن الزكاة لا تجب إلا فيما له ثمرة باقية حولا.

وذهب المالكية إلي التفريق بين الثمار والحبوب، فأما الثمار فلا يؤخذ من أي جنس منها زكاة غير التمر والعنب، وأما الحبوب، فيؤخذ من الحنطة والشعير والسلت والذرة والدخن والأرز والعلس، ومن القطاني السبعة الحمص والبقول والعدس واللوبيا والترمس والجلبان والسّمسم والقرطم وحب الفجل. فهي كلها عشرون جنسا ، لا يؤخذ من شئ سواها زكاة.

وذهب الشافعية إلي أن الزكاة لا تجب في شئ من الزروع والثمار إلا ما كان قوتا، والقوت هو ما به يعيش البدن غالبا دون ما يؤكل تنعما أو تداويا ، فتجب الزكاة من الثمار في العنب والتمر خاصة ، ومن الحبوب في الحنطة والشعير والأرز والعدس وسائر ما يقتات اختيارا كالذرة والحمص والباقلاء ، ولا تجب في السّمسم والتين والجوز واللوز والرمان والتفاح ونحوها والزعفران والورس والقرطم.

وذهب أحمد في رواية إلي أن الزكاة تجب في كل ما استنبتته الأدميون

من الحبوب والثمار، وكان مما يجمع وصفين : الكيل ، واليبس مع البقاء
(أي إمكانية الادخار) وهذا يشمل أنواعا سبعة:

الأول : ما كان قوتا كالأرز والذرة والدخن.

الثاني : القطنيات كالقنطريون والعدس والحمص والماش واللوبياء.

الثالث : الأباذير ، كالكسفرة والكمون والكرابوا.

الرابع : البذور: كبذر الخيار، وبذر البطيخ ، وبذر القثاء،، وغيرها مما
يؤكل ، أو لا يؤكل كبذور الكتان وبذور القطن وبذور الرياحين.

الخامس : حب البقول كالرشاد وحب الفجل والقرطم والحلبة
والخردل.

السادس: الثمار التي تجفف ، وتدخر كاللوز والفسق والبندق.

السابع : ما لم يكن حبا ولا ثمرا لكنه يكال ويدخر كسعتر وسماق، أو
ورق شجر يقصد كالسدر والخطمي والأس.

قالوا : ولا تجب الزكاة فيما عدا ذلك كالخضار كلها ، وكثمار التفاح
والشمس والتين والتوت والموز والرمان والبرتقال وبقية الفواكه ، ولا في
الجوز ، نص عليه أحمد ، لأنه معدود ، ولا تجب في القصب ولا في
البقول كالقطن والبصل والكرات ، ولا في نحو القطن والقنب والكتان
والعصفر والزعفران ونحو جريد النخل وخصه وليفه. وفي الزيتون
عندهم اختلاف يأتي بيانه.

واحتج من عدا أبا حنيفة على انتفاء الزكاة في الخضار والفواكه بقول

النبى ﷺ: « ليس في الخضروات صدقة » وعلي انتفائها في نحو الرمان والتفاح من الثمار بما ورد أن سفيان بن عبد الله الثقفى وكان عاملا لعمر على الطائف : أن قبله حيطانا فيها من الفرسك (الخوخ) والرمان ما هو أكثر من غلة الكروم أضعافا فكتب يستأمر في العشر. فكتب إليه عمر أن ليس عليها عشر ، وقال : هى من العفاة كلها وليس فيها عشر.

الزكاة في الزيتون :

تجب الزكاة في الزيتون عند الحنفية والمالكية ، وهو قول الزهري والأوزاعي ومالك والليث والثورى، وهو قول الشافعى في القديم ، ورواية عن أحمد ، وهو مروى عن ابن عباس، لقوله تعالى ﴿ وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ ﴾ بعد أن ذكر الزيتون في أول الآية.

ولأنه يمكن ادخار غلته فأشبهه التمر والزبيب.

وذهب الشافعية في الجديد وأحمد في الرواية الأخيرة إلي أنه لا زكاة في الزيتون لأنه لا يدخر يابسا ، فهو كالخضروات.

تاسعا: زكاة المستخرج من البحر :

ذهب جمهور العلماء الحنفية والمالكية والشافعية وهي إحدى روايتين عن أحمد وهو قول أبي عبيد وأبي ثور إلي أن المستخرج من البحر من اللؤلؤ والعنبر والمرجان ونحوها لا شئ فيه من زكاة أو خمس ، لما روي عن ابن عباس: ليس في العنبر شئ ، إنما هو شئ ألقاه البحر ، وروي مثله عن جابر ، ولأنه قد كان يستخرج على عهد النبى ﷺ وخلفائه فلم يأت فيه سنة عنه ولا عنهم.

وفي رواية عن أحمد وهو قول أبي يوسف : فيه الزكاة ، لأنه يشبه الخارج من معدن البر، وروي أن ابن عباس قال في العنبر: « إن كان فيه شئ ففيه الخمس » وكتب يعلي بن أمية إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه في عنبرة وجدها علي ساحل البحر فاستشار الصحابة ، فأشاروا أن يأخذ منها الخمس . فكتب عمر إليه بذلك .

وروى مثل ذلك عن الحسن والزهرى، وعن عمر بن عبد العزيز أنه أخذ من العنبر الخمس، وأمر عمر بن عبد العزيز عامله بعمان أن يأخذ من السمك الزكاة إذا بلغ ثمنه مائتى درهم.

وقال المالكية : ما خرج منت البحر كعنبر إن لم يتقدم عليه ملك فهو لواجده ولا يخمس كالصيد، فإن كان تقدم عليه ملك فإن كان لجاهلي أو شك فيه فركاز ، وإن كان لمسلم أو ذمى فلقطة.

عاشرا: زكاة الأسهم^(١) :

السهم حصة شائعة في رأس المال، وتجب زكاة الأسهم علي أصحابها أو من يخرجها.

أولا: إدارة الشركة :

تتولي إدارة الشركة إخراجها نيابة عنهم إذا نص في نظامها الأساسى علي ذلك أو فوضها صاحب السهم في إخراجها.

الاختلاف في كيفية إخراجها:

١- الأخذ بمبدأ الخلطة: إذا تولت الشركة إخراج الزكاة فقد تنبئ

المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى أن الزكاة تربط عليها

(١) فقه النوازل ص ٢٩-٣٢.

باعتبارها شخصاً اعتباراً أخذاً بمبدأ الخلطة الذي ورد في السنة المطهرة بشأن زكاة الأنعام وعممه بعض الفقهاء في جمع الأموال، أي تعتبر جميع أموال المساهمين بمثابة أموال شخص واحد وتفرض عليها الزكاة بهذا الاعتبار من حيث النصاب ومقدار الزكاة ونحوها.

٢ - النظر إلى كل مال علي حدة: ومما هو جدير بالذكر أن المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية قد سار علي رأي الجمهور في هذه القضية فلم يأخذ بمبدأ الخلطة بل نظر إلي كل مال علي حدة ولذلك قرر ما يلي :

(في الشركات التي يساهم فيها عدد من الأفراد لا ينظر في تطبيق هذه الأحكام إلي مجموع أرباح الشركات ، وإما ينظر إلي ما يخص كل شريك علي حدة).

طرق الأسهم التي لا تجب فيها الزكاة:

وعلي إدارة الشركة في هذه الحالة أن تطرح من رأس مالها الأسهم التي لا تجب فيها الزكاة كأسهم الوقف الخيري وأسهم الجهات الخيرية وأصول أموالها الثابتة التي لا زكاة فيها كالمباني والمكاتب والأثاث والسيارات الخاصة بالاستعمال ونحوه من الموجودات غير الزكوية.

ثانيا : حاملو الاسهم:

أما إذا لم تقم إدارة الشركة بإخراج الزكاة فإنه يتعين علي حملة الأسهم إخراجها بأنفسهم ويتخذ ذلك في إحدى صورتين:

الأولي : المساهمة بقصد الاستفادة :

أن يكون قد ساهم في الشركة بقصد الاستفادة من ربح السهم السنوي

وليس بقصد التجارة في أعيان الأسهم فهذا يزكي أسهمه زكاة المستغلات ، فلا تجب الزكاة عليه في أصل السهم وإنما تجب الزكاة في ريعه وهي ربع العشر بعد دوران الحول من يوم قبض الربيع مع اعتبار توافر شروط الزكاة وانتفاء الموانع.

الثانية : المساهمة بقصد التجارة :

أن يكون قد اقتني الأسهم بقصد التجارة في أعيانها بيعا وشراد فهذا يزكى زكاة عروض التجارة، فيقوم الأسهم بعد مضياحول ويخرج عنها ربع العشر وفقا للقواعد المبينة في تزكية عروض التجارة.

رأي المجمع الفقهي :

وفيما يلي نص قرار المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي فيما يتعلق بزكاة الأسهم:

« إن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٣٢ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ- الموافق ١١/٦/١٩٨٨م. بعد اطلاعه علي البحوث الواردة إلي المجمع بخصوص موضوع زكاة أسهم الشركات. .

قرر ما يلي:

أولا : وجوب زكاة الأسهم :

تجب زكاة الأسهم علي أصحابها ، وتخرجها إدارة الشركة نيابة عنهم إذا نص في نظامها الأساسى على ذلك ، أو صدر به قرار من الجمعية العمومية ، أو كان قانون الدولة يلزم الشركات بإخراج الزكاة ، أو حصل

تفويض من صاحب الأسهم لإخراج إدارة الشركة زكاة أسهمه.

ثانيا : كيفية إخراجها:

تخرج إدارة الشركة زكاة الأسهم كما يخرج الشخص الطبيعي زكاة أمواله، بمعنى أن تعتبر جميع أموال المساهم بمثابة أموال شخص واحد وتفرض عليها الزكاة بهذا الاعتبار من حيث نوع المأل الذي تجب فيه الزكاة ومن حيث النصاب ، ومن حيث المقدار الذي يؤخذ ، وغير ذلك مما يراعي في زكاة الشخص الطبيعي ، وذلك أخذاً بمبدأ الخلطة عند من عممه من الفقهاء في جميع الأحوال.

ويطرح نصيب الأسهم التي لا تجب فيها الزكاة ، ومنها أسهم الزانة العامة ، وأسهم الوقف الخيري ، وأسهم الجهات الخيرية ، وكذلك أسهم غير المسلمين.

ثالثا : في حالة عدم تزكية الشركة لأموالها :

إذا لم تزك الشركة أموالها لأي سبب من الأسباب ، فالواجب على المساهم زكاة أسهمه من الزكاة لو زكت الشركة أموالها علي النحو المشار إليه ، زكي أسهمه علي هذا الاعتبار، لأنه الأصل في كيفية زكاة الأسهم. وإن لم يستطع المساهم معرفة ذلك:

فإن كان ساهم في الشركة بقصد الاستفادة من ريع الأسهم السنوي ، وليس بقصد التجارة فإنه يزكياها زكاة المستغلات - وتمشيا مع ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية بالنسبة لزكاة العقارات والأراضي المأجورة غير الزراعية - فإن صاحب هذه الأسهم لا زكاة عليه في أصل

السهم ، وإنما تجب الزكاة في الربيع ، وهي ربيع العشر بعد دوران الحول من يوم قبض الربيع مع اعتبار توافر شروط الزكاة وانتفاء الموانع .

وإن كان المساهم قد اقتنى الأسهم بقصد التجارة ، زكاها زكاة عروض التجارة ، فإذا جاء حول زكاته وهي في ملكه ، زكى قيمتها السوقية ، وإذا لم يكن لها سوق ، زكى قيمتها بتقويم أهل الخبرة ، فيخرج ربيع العشر - ٢٥٪ - من تلك القيمة ، و من الربح إذا كان للأسهم ربح .

مبحث في حكم الزكاة في عروض التجارة^(١)؛

التجارة تقلب المال بالبيع والشراء لغرض تحصيل الربح .

والعرض بسكون الرء ، هو كل مال سوي النقدين ، قال الجوهري : العرض المتاع ، وكل شئ فهو عرض سوي الدراهم والدنانير فإنهما عين ، وقال أبو عبيد : العروض الأمتعة التي لا يدبخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا .

أما العرض بفتحتين فهو شامل لكل أنواع المال ، قل أو كثر ، قال أبو عبيدة : جميع متاع الدنيا عرض . وفي الحديث : « ليس الغني عن كثرة العرض » .

وعروض التجارة جمع العرض بسكون الرء ، وهي في اصطلاح الفقهاء كل ما أعد للتجارة كائنه ما كانت سواء من جنس تجب فيه زكاة العين كالإبل والغنم والبقر ، وأولا ، كالثياب والحمير والبغال .

حكم الزكاة في عروض التجارة؛

جمهور الفقهاء علي أن المفتى به هو وجوب الزكاة في عروض التجارة

(١) موسوعة الفقه الكويتية .

واستدلوا لذلك بقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾ .

وبحديث سمرة : « كان النبي ﷺ يأمرنا أن نخرجة الصدقة من الذي نعد للبيع » .

وحديث أبي ذر مرفوعا : « في الإبل صدقتها » وفي الغنم صدقتها ، وفي البز صدقته » وقال حماس : مرّبي عمر فقال : أد زكاة مالك .

فقلت : مالي إلا جعاب آدم . فقال : قومها ثم أد زكاتها . ولأنها معدة للنماء بإعداد صاحبها فأشبهت المعد لذلك خلقة كالسوائم والنقدين .

شروط وجوب الزكاة في العروض :

الشرط الأول : أن لا يكون لزكاتها سبب آخر غير كونها عروض تجارة :

أ - السوائم التي للتجارة :

فلو كان لديه سوائم للتجارة بلغت نصابا ، فلا تجتمع زكاتها إجماعا ، لحديث : « لا شيء في الصدقة » بل يكون فيها زكاة العين عند المالكية والشافعية في الجديد ، كأن كان عنده خمس من الإبل للتجارة ففيها شاة ، ولا تعتبر القيمة ، فإن كانت أقل من خمس فإنها تقوم فإن بلغت نصابا من الأذمان وجبت فيها زكاة القيمة .

وإنها قدموا زكاة العين على زكاة التجارة لأن زكاة العين أقوى ثبوتا لانعقاد الإجماع عليها ، واختصاص العين بها ، فكانت أولى .

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أنها تزكى زكاة التجارة لأنها أحط

للمساكين ، لأنها تجب فيما زاد بالحساب، لكن قال الحنابلة : إن بلغت عنده نصاب سائمة ولم تبلغ قيمته نصابا من الأثمان فلا تسقط الزكاة، بل تجب زكاة السائمة ، كمن عنده خمس من الإبل للتجارة لم تبلغ قيمتها مائتي درهم ، ففيها شاة.

ونظير هذا عند الفقهاء غلة مال التجارة ، كأن يكون ثمرا مما تجب فيه الزكاة إن كان الشجر للتجارة.

ب - الحلبي والمصنوعات الذهبية والفضية التي للتجارة :

أما المصوغات من الذهب والفضة إن كانت للتجارة:

فقد ذهب المالكية إلي أنه ليس فيها زكاة إن كانت أقل من نصاب بالوزن ، ولو زادت قيمتا عن نصاب بسبب الجودة أو الصنعة ، ويزكي علي أساس القيمة الشاملة أيضا لما فيه من الجواهر المرصعة.

أما الحنابلة : فقد صرحوا بأن الصناعة المحرمة لا تقوم لعدم الاعتداد بها شرعا ، أما الصنعة المباحة فتدخل في التقويم إن كان الحلبي للتجارة ، ويعتبر النصاب بالقيمة كسائر أموال التجارة ، ويقوم بنقد آخر من غير جنسه ، فإن كان من ذهب قوم بفضه ، وبالعكس ، إن كان تقويمه بنقد آخر أحظ للفقراء ، أو نقص عن نصابه ، كخواتم فضة لتجارة زنتها (مادة وتسعون درهما) وقيمتها (عشرون) مثقالا ذهباً، فيزكيها بربع عشر قيمتها ، فإن كان وزنها (مائتي) درهم، وقيمتها تسعة عشر مثقالا وجب أن لا تقوم ، وأخرج ربع عشرها.

ويظهر من كلام ابن عابدين أن مذهب الحنفية أن العبرة في الحلبي

والمصنوع من النقدين بالوزن من حيث النصاب ومن حيث قدر المخرج ،وعند زفر المعبر القيمة ، وعند محمد الأنفع للفقراء .

وعند الشافعية: في مصوغ الذهب والفضة الذي للتجارة هلي يزكي زكاة العين أو زكاة القيمة قولان.

- الأراضي الزراعية التي للتجارة وما يخرج منها :

- ذهب الحنفية إلي أنه تجب الزكاة في الخارج من الأرض الزراعية من ثمر أو زرع ، ولا يجب الزكاة في قيمة الأرض العشرية ولو كانت للتجارة ، وهذا إن كان قد زرع الأرض العشرية فعلا ووجب فيها العشر ، لئلا يجتمع حقان لله تعالي في مال واحد. فإن لم يزرعها تجب زكاة التجارة فيها لعدم وجوب العشر ، فلم يوجد المانع ، بخلاف الخراج الموظف فإنه يجب فيها ولو عطلت أي لأنه كالأجرة.

أما عند المالكية والشافعية والحنابلة فيجب زكاة رقبة الأرض كسائر عروض التجارة بكل حال.

ثم اختلف الجمهور في كيفية تزكية الغلة :

فمذهب المالكية أن الناتج من الأرض الزراعية التي للتجارة لا زكاة في قيمته في عامه اتفاقا إن كانت قد وجبت في زكاة النبات ، فإن لم تكن فين لنقصه عن نصاب الزرع أو الثمر ، تجب فيه زكاة التجارة ، وكذا في عامه الثاني وما بعده.

وقال الشافعية علي الأصح عندهم والقاضي من الحنابلة : يزكي الجميع

زكاة التجارة ، كالسائمة المعدة للتجارة .

قال الشافعية : ويزكي التبن أيضا والأغصان والأوراق وغيرها إن كان لها قيمة ، . كسائر مال التجارة.

وذهب الحنابلة وأبو ثور إلي أنه يجتمع في العشرية العشر وزكاة التجارة ، لأن زكاة التجارة في القيمة، والعشر في الخارج ، فلم يجتمعا في شئ واحد، ولأن زكاة العشر في الغلة أحظ للفقراء من زكاة التجارة فإنها ربع العشر ، ومن هنا فارقت عندهم زكاة السائمة المتجر بها ، فإن زكاة السوم أقل من زكاة التجارة.

الشرط الثاني : تملك العرض بمعاوضة:

يشترط أن يكون قد تملك العرض بمعاوضة كسواء بنقد أو عرض أو بدين حال أو مؤجل، وكذا لو كان مهرا أو عوض خلع.

وهذا مذهب المالكية والشافعية ، ومحمد ، فلو ملكه بإرث أو بهبة أو احتطاب أو استرداد يعيب واستغلال أرضه بالزراعة أو نحو ذلك فلا زكاة فيه.

قالوا : لأن التجارة كسب المال ببدل هو مال، وقبول الهبة مثلا اكتساب بغير بدل أصلا.

وعند الشافعية : في مقابل الأصح أن المهر عوض الخلع لا يزيكيان زكاة التجارة.

وقال الحنابلة وأبيوسف: الشرط أن يكون قد ملكه بفعله ، سواء كان

بمعاوضة أو غيرها من أفعاله ، كالاحتطاب وقبول الهبة ، فإن دخل في ملكه بغير فعله، كالموروث ، أو مضي حول التعريف في اللقطة ، فلا زكاة فيه.

وفي رواية عن أحمد: لا يعتبر أن يملك العرض بفعله ، ولا أن يكون في مقابلة عوض، بل أي عرض نواه للتجارة كان لها، لحديث سمرة : « أمرنا النبي ﷺ أن نخرج الصدقة من الذي نعد للبيع ».

الشرط الثالث: نية التجارة :

اتفق الفقهاء علي أنه يشترط في زكاة مال التجارة أن يكون قد نوي عند شرائه أو تملكه أنه للتجارة ، والنية المعتبرة هي ما كانت مقارنة لدخوله في ملكه ، لأن التجارة عمل فيحتاج إلى النية مع العمل، فلو ملكه للقنية، ثم نواة للتجارة لم يصر لها ، ولو ملك للتجارة ثم نواه للقنية وأن لا يكون للتجارة صار للقنية ، وخرج عن أن يكون محلا للزكاة، ولو عاد فنواه للتجارة لأن ترك التجارة ، من قبيل التروك ، والترك يكتفي فيه بالنية كالصوم. قال الدسوقي : ولأن النية سبب ضعيف تنقل إلى الأصل ولا تنقل عنه ، والأصل في العروض القنية. وقال ابن الهمام : لما لم تكن العروض للتجارة خلقه فلا تصير لها إلا بقصدها فيه.

واستثنى الحنفية مما يحتاج للنية ما يشتريه المضارب، فإنه يكون للتجارة مطلقا ، لأنه لا يملك بمال المضاربة غير المتاجرة به.

ولو أنه أجر داره المشتراة للتجارة بعرض ، فعند بعض الحنفية لا يكون العرض للتجارة إلا بنيتها ، وقال بعضهم : هو للتجارة بغير نية.

قال المالكية : ولو قرن بنية التجارة نية استغلال العرض، بأن ينوي عند شرائه أن يكرهه وإن وجد ربحا باعه ، ففيه الزكاة على المرجح عندهم ، وكذا لو نوي مع التجارة القنية بأن ينوي الانتفاع بالشئ كركوب الدابة أو سكتي المنزل ثم إن وجد ربحا باعه.

قالوا : فإن ملكه للقنية فقط، أو للغلة فقط أو لهما ، أو بلا نية أصلا فلا زكاة عليه.

الشرط الرابع : بلوغ النصاب:

ونصاب العروض بالقيمة ، ويقوم بذهب أو فضة ، فلا زكاة في ما يملكه الإنسان من العروض إن كانت قيمتها أقل من نصاب الزكاة في الذهب أو الفضة نصاب أو تكملة نصاب.

وتضم العروض بعضها إلي بعض تقوم به عروض التجارة ، بالذهب أم بالفضة.

فذهب الحنابلة وأبو حنيفة في رواية عنه وعليها المذهب، إلى أنها تقوم بالأحظ للفقراء ، فإن كان إذا قوما بأحدهما لا تبلغ نصابا وبالأخر تبلغ نصابا تعين عليه التقويم بما يبلغ نصابا.

وقال أبو حنيفة في رواية عنه : يخير المالك فيما يقوم به لأن الثمين في تقدير قيم الأشياء بهما سواء.

وقال الشافعية وأبو يوسف : يقومها بما اشترى به من النقدين ، وإن اشتراها بعرض قومها بالنقد الغالب في البلد، وقال محمد: يقومها بالنقد الغالب علي كل حال كما في المغصوب والمستهلك.

ولم نجد عند المالكية تعرضاً لما تقوم به السلع ، مع أنهم قالوا أنها لا
زكاة فيها ما لم تبلغ نصاباً.

مبحث في: مصارف الزكاة (من يستحق الزكاة)؛

مصارف الزكاة محصورة في ثمانية أصناف ك

والأصناف الثمانية فد نص عليها القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا
الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي
الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ
حَكِيمٌ ﴾ .

و«إنما» التي صدرت بها الآية أداة حصر ، فلا يجوز صرف الزكاة لأحد
أو في وجه غير داخل في هذه الأصناف، وقد أكد ذلك ما ورد «أن رسول
الله ﷺ أتاه رجل فقال: أعطني من الصدقة، فقال : إن الله تعالى لم يرض
بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتي حكم فيها هو فجزأها ثمانية، فإن
كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك» .

الإبهاض

تمهيد فى التعريف بالحمل وأطواره

المطلب الأول: تعريف الحمل؛

يطلق الحمل فى اللغة: على الرفع والعلوق، يقال حمل الشيء على ظهره استقله ورفعه، فهو حامل وهى حاملة، والحمل بالكسر ما يحمل . وحملت المرأة حملاً علقت بالحمل فهى حامل وحاملة، ويجمع على أحمال وحمال^(١) ومنه قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٢).

وفى الشرع: يطلق الحمل فى اصطلاح الفقهاء على الرفع - أى حمل المتاع ونحوه، وعلى العلوق- ويقصد به ما فى بطن الأنثى من الولد^(٣) وعلى هذا فلا يخرج معنى الحمل فى اصطلاح الفقهاء عن معناه اللغوى.

والمقصود بالحمل هنا حمل خاص وهو الحمل الذى فى البطن، ويطلق عليه أيضاً الحبل.

والحبل بفتح الحين الامتلاء، ومنه حبل المرأة، وهو امتلاء رحمها فهى حبلية ومنه حديث « نهى عن بيع حبل الحبله »^(٤)، وهو أن يباع ما فى بطن

(١) لسان العرب (حمل).

(٢) من الآية ٤ من سورة الطلاق.

(٣) حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٤/ ٤٧٤.

(٤) صحيح البخارى - بيوع - أيام الجاهلية ٢/ ٣١٩.

الناقة وقيل ولد الولد الذى فى البطن.

ويقصر البعض إطلاق الحبل على ما فى بطون الأدميات أما الحمل فيشمل الأدميات والبهائم ، فيكون الحبل بهذا المعنى أخص من الحمل^(١).

ويطلق على الحمل أيضا لفظ الجنين.

والجنين فى اللغة : الولد فى البطن والجمع أجنة وأجن، والجنين كل مستور ، وجن فى الرحم يجن استتر ، والجنين هو المادة التى تتكون فى الرحم من عنصرى الحيوان المنوى والبويضة^(٢). وهذا ما يؤيد معنى الجنين فهو راجع إلى الاستتار المتحقق بهذا المعنى ، فالجنين مستور فى رحم أمه بين ظلمات ثلاث. كما فى قوله تعالى : ﴿ يَخْلُقْكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ ﴾^(٣) أى فى ظلمة الرحم ، وظلمة المشيمة ، التى هى كالغشاوة والوقاية على الولد، وظلمة البطن^(٤).

وعند الفقهاء : لا يخرج استعمال لفظه جنين عن المعنى اللغوى عند جمهورهم.

ويرى الإمام الشافعى : أن كلمة جنين تطلق على الحمل بعد مرحلة النطفة ، والعلقة ، والمضغة ، وبعد أن يتبين من خلقه شئ.

(١) لسان العرب. المصباح المنير - حمل -

(٢) لسان العرب - جن - فقه اللغة للثعالى ص ١٤١.

(٣) من الآية ٦ من سورة الزمر.

(٤) تفسير ابن كثير ٤/٤٦.

جاء في الأم (أقل ما يكون به جنيناً أن يفارق المضغة، والعلقة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمى...) (١).

المطلب الثاني: أطوار الحمل:

يمر الجنين في رحم أمه منذ الحمل به حتى ولادته بمراحل ذكرها الله عز وجل في كتابه العزيز في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنَ الْخَالِقِينَ﴾ (٢) ويظهر من الآيات الكريمة أن الحمل يمر بالأطوار الأساسية التالية:

الطور الأول: النطفة:

يرى بعض المفسرين أن النطفة هي ماء الرجل المندفَع في رحم المرأة وحده ، لأن الله عز وجل قد بين في كتابه أنه خلق الإنسان من ماء دافق - وذلك في قوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ﴾ (٣). والدفق لا يكون إلا من الرجل.

والذي عليه جمهور المفسرين ، أن النطفة هي ماء الرجل والمرأة معاً وهو الصحيح يدل على ذلك قوله تعالى بعد الآيتين السابقتين مباشرة

(١) الأم ٥/١٤٣.

(٢) الآيات ١٢-١٤ من سورة المؤمنون.

(٣) الآيتان ٥، ٦ من سورة الطارق.

: ﴿يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾^(١) أى صلب الرجل وترائب المرأة.

وكذلك يدل على ما ذهب إليه جمهور المفسرين قوله ﷺ: « ماء الرجل أبيض، وماء المرأة أصفر، فإذا اجتمعا فعلا منى الرجل منى المرأة ذكراً بإذن الله، وإذا علا منى المرأة منى الرجل أنثاً بإذن الله... »^(٢).

وعلى هذا فيكون المراد بالنظفة ماء الرجل والمرأة إذا امتزجا معاً فى رحم المرأة^(٣) وتلك هى أول أطوار الجنين.

الطور الثانى : العلقه :

قال القرطبي مفسراً قوله تعالى : ﴿ خلق الإنسان من علق ﴾^(٤) (أى من دم ، جمع علقه ، والعلقه : الدم الجامد، وإذا جرى فهو مسفوح ، وقال ﴿من علق﴾ فذكره بلفظ الجمع ، لأنه أراد بالإنسان الجمع ، وكلهم خلقوا من علق بعد النظفة ، والعلقه قطعة من دم رطب، سميت بذلك لأنها تعليق لرطوبتها بما تمر عليه، فإذا جفت لم تكن علقه.

قال الشاعر :

تركناه يخرّ على يديه * * * يُمجّ عليها علقُ الوتين

(١) الآية ٧ من سورة الطارق.

(٢) جزء حديث طويل - صحيح الإمام مسلم - الحيض - بيان صفة منى الرجل والمرأة وأن الولد مخلوق منها ١/١٤٢.

(٣) يراجع دائرة المعارف للبيستاني ٦/٥٦٩، تفسير ابن كثير ٤/٤٩٨، تفسير القرطبي ١٠/٧٣٤٩، تفسير الرازي ١٦/٣٣٥.

(٤) الآية ٢ من سورة العلق.

وخص الإنسان بالذكر تشريفا له. وقيل : أراد أن يبين قدر نعمته عليه بأن خلقه من علقه مهينة حتى صار بشراً سوياً، وعاقلاً مميزاً^(١) والذى يؤخذ من كلام القرطبي أن العلقه هي قطعة الدم المتجمدة المتكونة من اختلاط نطفة الرجل بماء المرأة.

الطور الثالث: المضغة:

المضغة مقدار ما يمضغ ، ويقصد بها فى مراحل الجنين القطعة من اللحم مقدار ما يمضغ المتكونة من العلقه قال الرازى فى معرض تفسيره لقوله تعالى : ﴿فخلقنا العلقه مضغة﴾^(٢) (أى جعلنا ذلك الدم الجامد مضغة أى قطعة لحم كأنها مقدار ما يمضغ كالغرفة ، وهى مقدار ما يغترف، وسمى التحويل خلقاً لأنه سبحانه يفتى بعض أعراضها ويخلق أعراضاً غيرها فسمى خلق الأعراض خلقاً وكأنه سبحانه وتعالى يخلق فيها أجزاء زائدة)^(٣).

وهذه الأطوار الثلاثة للحمل - النطفة - فالعلقه - فالمضغة. يستغرق كل طور منها مدة أربعين يوماً قبل أن يتحول إلى الطور التالى، فإن ما تم للجنين مدة مائة وعشرين يوماً نفخت فيه الروح وكان خلقاً آخر.

وذلك لقوله ﷺ فى الحديث الصحيح الذى رواه عبد الله بن مسعود

(١) تفسير القرطبي ١٠/٧٤٥٩.

(٢) من الآية ١٢ من سورة المؤمنون.

(٣) مفاتيح الغيب للرازى ١١/٣٥٤.

قال : حدثنا رسول الله ، وهو الصادق المصدوق، إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك ، ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك ، ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ، ويؤمر بأربع كلمات ، يكتب رزقه ، وأجله ، وعمله. وشقى أو سعيد..»^(١).

فظاهر من الحديث أن الجنين يمر بثلاث مراحل - نطفة - فعلقه - فمضغة - قبل أن تنفخ فيه الروح.

وهو ما يتفق مع قوله تعالى : ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾^(٢)

وقد أفاد الحديث أن الروح تنفخ في الجنين بعد المرحلة الثالثة وذلك بعد مائة وعشرين يوماً ، ثم يستمر الجنين في النمو حتي ولادته.

المطلب الثالث: تخلق الجنين:

ما عليه أكثر المفسرين والفقهاء يظهر أن تخلق الجنين وتصويره يكون في مرحلة المضغة وما بعدها لا قبلها.

حيث يفسر المفسرون النطفة بماء الرجل وحده أو ماء الرجل والمرأة

(١) صحيح مسلم - القدر - كيف خلق آدمي في بطن أمه ٤٥١ / ٢ .

(٢) الآيات ١٢-١٤ من سورة المؤمنون.

معا علي الراجح ، والعلقة بقطعة الدم، أما المضغة فيتصور حصول التخلق فيها حيث إنها قطعة من اللحم مقدار ما يمضغ ، قد تكون مخلقة وغير مخلقة لقوله تعالى : ﴿ ثم من مضغة مخلقة وغير مخلقة ﴾ (١).

وقد نقل الرازي أقوال المفسرين في المراد بقوله تعالى : ﴿ مخلقة وغير مخلقة ﴾ فقال (ثم للمفسرين فيه أقوال : أحدها أن يكون المراد تمت فيه أحوال الخلق ومن لم تتم. كأنه سبحانه قَسَمَ المضغة إلى قسمين : أحدهما : تامة الصور والحواس والتخاطيط.

ثانيهما : الناقصة في هذه الأمور فبين أن بعد أن صيره مضغة منها ما خلقه إنسانا تاما بلا نقص، ومنها ما ليس كذلك. وهذا قول قتادة والضحاك ، فكأن الله -تعالى- يخلق المضغة متفاوتة، منها ما هو كامل الخلقة أملكس من العيوب، ومنها ما هو علي عكس ذلك ، فتبع ذلك التفاوت تفاوت الناس في خلقهم وصورهم وطولهم، وقصرهم ، وتمامهم ونقصانهم.

ثالثهما : المخلقة الولد الذي يخرج حيا ، وغير المخلقة السقط وهو قول مجاهد.

رابعهما : المخلقة المصورة وغير المخلقة أي غير المصورة، وهو الذي يبقي لحما من غير تخطيط وتشكيل.

(١) من الآية ٥ من سورة الحج.

خامسهما : قال القفال: التخليق مأخوذ من الخلق فما تتابع عليه الأطوار ، وتوارد عليه الخلق بعد الخلق فذاك هو المخلق لتتابع الخلق عليه. قالوا: فما تم فهو المخلق، وما لم يتم فهو غير المخلق، لأنه لم يتوارد عليه التخليقات والقول الأول أقرب^(١).

ويظهر من النص السابق أن أكثر المفسرين يري أن التخلق يكون في مرحلة المضغة أو بعدها وهو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول ، والثاني، والثالث، بينما يري بعضهم أن التخلق يمكن أن يكون قبل مرحلة المضغة كما يظهر من قول القفال.

والذي ذهب إليه أكثر المفسرين ، هو الاستفادة أيضا من أقوال جمهور الفقهاء.

ففي حاشية ابن عابدين (يباح لها أن تعالج في استنزال الدم ما دام الحمل مضغة أو علقه لم يتخلق له عضو ، وقدروا تلك المدة بمائة وعشرين يوما ، وإنما أباحوا ذلك لأنه ليس بأدمى ..)^(٢).

وفي الأم (أقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة، والعلقة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمى ..)^(٣).

فظاهر من النصين أنه لا يستبين خلقه إلا بعد المضغة ولا يؤخذ من نص الأم أن الجنين لا يتخلق في مرحلة المضغة عند الشافعية بل يتخلق

(١) مفاتيح الغيب للرازي ١١/٢٣٥-٢٣٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ١/٣٠٢.

(٣) الأم ٥/١٤٣.

فيها عندهم ولكن لا يستبين خلقه.

ففي المذهب (وإن ضرب بطن امرأة فألقت مضغة لم تظهر فيه صورة
الآدمي، فشهد أربع نسوة أن فيها صورة الآدمي و جبت فيها الغرة، لأنهن
يدركن من ذلك ما لا يدرك غيرهن...) (٢).

فظاهر من النص أن الشافعية يرون أن التخلق يكون في مرحلة
المضغة، غير أنه قد يتصور ويستبين خلقه وهذا يكون غالباً في نهاية مرحلة
المضغة، وقد لا يستبين خلقه كما لو كان إلقاء الجنين في أول مرحلة
المضغة.

وما يراه الحنفية والشافعية هو ما يراه الحنابلة أيضاً.

ففي المغني لابن قدامة (وإن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن
فيه صورة خفية ففيه غرة، وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور
ففيه وجهان. أصحهما : لا شئ فيه لأنه لم يتصور فلم يجب فيه
كالعلقة..) (٢).

فظاهر من النص أن التخلق يكون في مرحلة المضغة عند الحنابلة لا
قبلها.

ويظهر من خلال كلام المالكية أنهم يرون أن التخلق للجنين يبدأ قبل

(١) المذهب ٢/٢٥٣.

(٢) المغني ٧/٨٠٢.

مرحلة المضغة ولذا فإن جمهورهم يحرم إسقاط الجنين ولو كان في مرحلة
النطفة أو العلقة.

ففي حاشية الدسوقي (لا يجوز إخراج المنى المتكون في الرحم ولو
قبل الأربعين يوماً)^(١).

وفي بداية المجتهد (واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب
الغرّة، فقال مالك كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه
الغرّة)^(٢).

وما ذهب إليه المالكية وبعض المفسرين مما يشير إلي حصول التخلق
للجنين قبل مرحلة المضغة هو ما أثبتته الطب الحديث.

فقد نقل ابن رجب الحنبلي عن الأطباء قولهم (إن المنى إذا وقع في
الرحم حصل له زبديّة ورغوة ستة أيام أو سبعة أيام ، وفي هذه الأيام
تصور النطفة من غير استمداد من الرحم ، ثم بعد ذلك تستمد منه ،
وابتداء الخطوط والنقط بعد هذا بثلاثة أيام ، وقد يتقدم يوماً أو يتأخر يوماً ،
ثم بعد ستة أيام هو الخامس عشر من وقت العلوق ينفذ الدم إلي الجميع
فيصير علقة، ثم تتميز الأعضاء تميزاً ظاهراً، ويستحي بعضها عن ممارسة
بعض ، وتمتد لرطوبة النخاع ، ثم بعد تسعة أيام ينفصل الرأس عن المنكبين
والأطراف عن الأصابع تميزاً يستبين في بعض، ويخفي في بعض. قالوا :

(١) حاشية الدسوقي ٢/٢٦٦-٢٦٧.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/٣١٢.

وأقل مدة يتصور فيها الذكر ثلاثون يوماً ، والزمان المعتدل في تصوير الجنين خمسة وثلاثون يوماً ، وقد يتصور في خمسة وأربعين يوماً. قالوا ولم يوجد في الإسقاط ذكر ثم قبل ثلاثين يوماً ، ولا لأنثى قبل أربعين يوماً^(١).

وما ذكره الأطباء واهتدى إليه بعض المفسرين والفقهاء من قبل من بدء تخلق الجنين مبكراً عن مرحلة المضغة سبقت إليه النصوص الشرعية.

ومن ذلك قوله تبارك وتعالى : ﴿ إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾^(٢) فقد فسّر ابن مسعود الأمشاج بالعروق. ثم العلماء يختلفون في النقل عنه فابن رجب الحنبلي يذكر أن المراد عروق النطفة فيقول (وفسر طائفة من السلف أمشاج النطفة بالعروق التي فيها. قال ابن مسعود -رضى الله عنه- أمشاجها عروقها)^(٣).

وما نقله ابن رجب عن ابن مسعود يتفق مع ما نقله الرازي في تفسيره عنه^(٤).

بينما نقل القرطبي عن ابن مسعود أن المراد عروق المضغة وليس

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٦١ ، وانظر تذكرة داود ٢ / ١٣٠ .

(٢) من الآية ٢ من سورة الإنسان .

(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٦٠ .

(٤) مفاتيح الغيب للرازي ١٦ / ٥١ .

النفطة فيقول (وروي عن ابن مسعود أمشاجاً: عروق المضغة)^(١).

ونقل الرازي وابن رجب عن ابن مسعود يدل علي أن التخلق عنده يكون في مرحلة النفطة ومعلوم أن النفطة أول أطوار الحمل.

ومن النصوص الشرعية التي دلت علي تخلق الجنين قبل مرحلة المضغة ما أخرجه الطبراني من حديث مالك بن الحويرث أن النبي ﷺ قال : « إن الله إذا أراد خلق عبد، فجامع الرجل المرأة طار ماؤه في كل عرق وعضو منها ، فإذا كان يوم السابع جمعه الله تعالي ثم أحضره في كل عرق له دون آدم - في أي صورة ما شاء ركبك»^(٢).

فهذا الحديث يدل علي أن التخلق يبدأ في اليوم السابع وهو ما يتفق مع ما ذكره الأطباء.

ومنها ما روي عن النبي ﷺ : « إذا مر بالنفطة ثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها ، وخلق سمعها ، وبصرها ، وجلدها ، ولحمها ، وعظامها ثم قال يا رب أذكر أم أنثى؟ فيقضى ريبك ما شاء، ويكتب الملك، ثم يقول : يارب أجله: فيقول ريبك ما شاء ويكتب الملك ، ثم يقول: يارب رزقه؟ فيقضى ريبك ما شاء ويكتب الملك بالصحيفة فلا يزيد علي أمر ولا ينقص»^(٣).

(١) الجامع لأحكام القرآن الكريم ٧١٥٧/١٠.

(٢) المعجم الصغير للطبراني ٤١/١، ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٣) صحيح مسلم - القدر - كيفية خلق الأدمي في بطن أمه ٤٥٢/٢.

فهذا الحديث قد دل علي أن تصوير الجنين يكون في مرحلة العلقه وليس المضغه وهذا لا يقتضى أن تخلق الجنين لا يكون إلا بعد مرحلة النطفة لأن التصوير غير التخليق والتخليق متقدم علي التصوير ، وإذا كان التصوير يبدأ في مرحلة العلقه فإن هذا يقتضى أن يكون التخليق قبل ذلك في مرحلة النطفة فيكون مبتدأ التخليق فيها يدل علي ذلك أن الحديث قد نص علي أن مرحلة العلقه تخلق فيها الحواس كالسمع والبصر وهذه الحواس إنما تتركب في كائن موجود بدأ خلقه قبل ذلك وإذا كانت هذه الحواس توجد وتتركب في مرحلة العلقه أي بعد الأربعين الأولى فيكون بدء التخلق في الجنين قد بدأ في مرحلة النطفة.

كما ذكر الأطباء وأيده المروى عن مالك بن الحويرث عن النبي ﷺ وتفسير ابن مسعود لقوله تعالى : ﴿ من نطفة أمشاج نبتليه.. ﴾ (١).

وهذا الذي نرجح من أن بداية تخلق الجنين تكون في مرحلة النطفة من اليوم السابع ، لا يتعارض كما فهم البعض مع النصوص التي تشير بظاهاها إلي أن التخلق يبدأ في الجنين في مرحلة المضغه لا قبلها.

كقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِّنْ نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ﴾ (٢).

(١) من الآية ٢ من سورة الإنسان.

(٢) من الآية ٥ من سورة الحج.

حيث فسر بعض العلماء المخلقة بالتي قد بدأ خلقها ، وغير المخلقة بالتي لم تتصور بعد ، مما يشير إلي أن التخلق والتصوير يتأخر إلي مرحلة المضغة ولا يكون قبل ذلك . ولكن هذا التفسير غير مسلم من قبل المفسرين . فقد فسر بعضهم - المخلقة- بما يوافق ما ترجح من أن التخلق يكون قبل مرحلة المضغة حيث قالوا : المخلقة تامة الخلق، وغير المخلقة السقط مما يدل على أن التخلق يكون قبل المضغة إلا أنه لا يتم قبلها.

جاء في تفسير القرطبي (.. مخلقة وغير مخلقة - قال الفراء - مخلقة - تامة الخلق ، وغير المخلقة - السقط. وقال ابن الأعرابي - مخلقة - قد بدأ خلقها - وغير المخلقة - لم تتصور بعد).

قال ابن زيد(- المخلقة - التي خلق الله فيها الرأس واليدين والرجلين - وغير المخلقة - التي لم يخلق فيها شيء).

ثم إن تفسير بعض العلماء كالفراء وابن زيد الذي يشير إلي تأخر التخلق إلي مرحلة المضغة ، لم يمنع إمكان حدوثه قبل المضغة بل غاية ما يدل عليه إمكان عدم حدوثه.

ومن ذلك أيضا قوله ﷺ: « إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون في ذلك علقه مثل ذلك ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك ، ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات ، يكتب رزقه

(١) الجامع لأحكام القرآن ٦/٤٥٤١.

وأجله وعمله ، وشقي أو سعيد...»(١).

فإن الحديث ليس فيه ما يدل علي تأخر التخلق إلي مرحلة المضغة بل إنه يدل علي بدايته في أول مراحل الجنين وهو قوله ﷺ: «يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً»

ومن النصوص الشرعية التي تدل علي أن التخلق في الجنين يبدأ مبكراً في مرحلة النطفة - قوله تعالى: ﴿ خلق الإنسان من نطفة فإذا هو خصيم مبين ﴾(٢).

وقوله تعالى: ﴿ أو لم ير الإنسان أنا خلقناه من نطفة فإذا هو خصيم مبين ﴾(٣).

وقوله تعالى: ﴿ وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى من نطفة إذا تمنى ﴾(٤).

وقوله تعالى: ﴿ أيحسب الإنسان أن يترك سدى ألم يك نطفة من مني يميني ثم كان علقة فخلق فسوي فجعل منه الزوجين الذكر والأنثى ﴾(٥).

فإن ما أثبتته الطب وما دلت عليه بعض النصوص الشرعية كحديث

(١) صحيح مسلم - القدر - كيفية خلق الأدمى ٤٥١/٢.

(٢) الآية ٤ من سورة النحل.

(٣) الآية ٧٧ من سورة يس.

(٤) الآية ٤٥، ٤٦ من سورة النجم.

(٥) الآيات من ٣٦-٣٩ من سورة القيامة.

مالك ابن الحويرث، يوجب حمل هذه الآيات القرآنية الشريفة ، وما يماثلها من القرآن والسنة علي أن بداية التخلق تكون في مرحلة النطفة ، وليس علي مجرد الأصل الذي خلق منه الإنسان ، كما فهمه من قصر التخلق علي مرحلة المضغة.

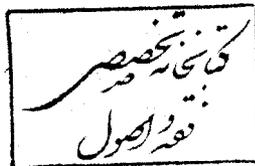
وعلي ذلك فإن تخلق الجنين يبدأ في اليوم السابع من بداية اختلاط ماء الرجل والمرأة معا ويستمر في التخليق حتي تنفخ فيه الروح في نهاية مرحلة المضغة ثم يستمر في النمو حتى ولادته.

المطلب الرابع : تصوير الجنين :

لا يفرق بعض العلماء بين تخليق الجنين ، وتصويره ، فيجعل كلاهما مرادفا للآخر . ولعل هذا من أسباب اختلافهم في وقت تخلق الجنين ، هل هو في مرحلة المضغة أو قبلها يقول الرازي في معرض تفسيره لقوله تعالي : ﴿مخلقة وغير مخلقة﴾ ثم للمفسرين فيه أقوال :

أحدها : أن يكون المراد من تمت فيه أحوال الخلق، ومن لم تتم كأنه سبحانه قسم المضغة إلي قسمين : أحدهما : تامة الصور والحواس والتخطيط، **ثانيهما :** الناقصة في هذه الأمور، فبين بعد أن صيره مضغة منها ما خلقه إنسانا تاما بلا نقص ، ومنها ما ليس كذلك .

ثالثها: المخلقة الولد الذي يخرج حيا وغير المخلقة السقط وهو قول



مجاهد.

رابعها : المخلقة - المصورة ، وغير المخلقة - أي غير المصورة وهو الذي يبقى لحما من غير تخطيط وتشكيل^(١).

وفي الجامع لأحكام القرآن للقرطبي عند نفس الموضع (وقال ابن الأعرابي - مخلقة - قد بدأ خلقها وغير المخلقة لم تتصور بعد)^(٢).

فظاهر من الأقوال السابقة وما يأتي ذكره عن القرطبي أيضا الخلط بين التخليق والتصوير عند بعض العلماء الكرام. والحق فإن التخليق غير التصوير ، وأن التخليق يتقدم علي التصوير ، فالتخليق المراد به التكوين ، والتصوير المراد به التشكيل ، والأجنة مشتركة في التخليق لا فرق بين جنين و جنين ، ومختلفة في التصوير.

والأدلة على أن التخليق غير التصوير كثيرة منها قول الحق تبارك وتعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَاكُمْ ثُمَّ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ لَمْ يَكُنْ مِنَ السَّاجِدِينَ﴾^(٣).

فظاهر من الآية الكريمة أن الخلق غير التصوير وأن التخليق يكون أولا ثم التصوير متراخيا عنه دلّ علي ذلك استخدام حرف العطف - ثم - ومنها قوله تعالي : ﴿هُوَ اللَّهُ الْخَالِقُ الْبَارِئُ الْمُصَوِّرُ لَهُ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى يُسَبِّحُ لَهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾^(٤).

(١) مفاتيح الغيب ٢٣٥ / ١١.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٦ / ٤٥٤١ ، وانظره ١٠ / ٦٧٧١.

(٤) آخر سورة الحشر.

(٣) الآية ١١١ من سورة الأعراف.

وقوله تبارك وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ * الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ * فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ ﴾ (١).

قال القرطبي - رحمه الله - قوله تعالى : ﴿ هو الخالق البارئ المصور ﴾ . الخالق هنا : المقدر علي هيئات مختلفة . فالتصوير مرتب علي الخلق والبراية وتابع لهما . ومعني التصوير : التخطيط والتشكيل . وخلق الله الإنسان في أرحام الأمهات ثلاث خلق : جعله علقة . ثم مضغة . ثم جعله صورة وهو التشكيل الذي يكون به صورة وهيئة ، يعرف بها ، ويتميز عن غيره بسمتها - فتبارك الله أحسن الخالقين - وقد جعل بعض الناس الخلق بمعني التصوير ، وليس كذلك ، وإنما التصوير آخرأ ، والتقدير أولاً ، والبراية بينهما (٢).

وعلي هذا الفهم الصحيح لإثبات الفرق بين الخلق والتصوير ينفك الإشكال بين النصوص الشرعية التي تحدثت عن خلق الجنين وتصويره ، واختلافها في الوقت الذي يقع فيه الخلق أو التصوير ، والمتأمل في تلك النصوص يجد أنها لا تستخدم لفظ التصوير في المراحل المتقدمة كالنطفة والعلقة ، وإنما تستخدم لفظ الخلق ، وأنها تقصر استخدام لفظ التصوير علي الأطوار المتأخرة كالمضغة وعلي هذا فلا فرق البتة بين النصوص الشرعية كلها وما ذكره علماء الطب في مجال خلق الجنين وتصويره .

(١) الآية ٦-٨ الانفتار .

(٢) الجامع لأحكام القرآن ١٠ / ٦٧٧١ .

المطلب الخامس: وقت نفخ الروح في الجنين؛

لا خلاف بين العلماء أن الروح يتأخر نفخها في الجنين إلى ما بعد مرحلة المضغة وذلك بعد مرور أربعة أشهر علي الحمل، ثم إن الجمهور منهم يرون أنها تنفخ بعد تمام الأربعة الأشهر أي بعد مائة وعشرين يوماً^(١).

ويستدلون علي ذلك بما روي عن النبي ﷺ : « إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً ، ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك ، ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ، ويؤمر بأربع كلمات يكتب رزقه ، وأجله ، وعمله ، وشقى أو سعيد...»^(٢).

فقد دل الحديث علي أن الروح تنفخ في الجنين بعد ثلاث مراحل النطفة ، فالعلقة ، فالمضغة ، وكل مرحلة مدتها أربعون يوماً ، فيكون نفخ الروح بعد مائة وعشرين يوماً.

ويناقد: بأن الحديث وإن دل علي أن نفخ الروح يكون بعد المائة والعشرين يوماً فإنه لم ينص صراحة علي أن النفخ يعقب ذلك مباشرة ، بل غاية ما يدل عليه أن نفخ الروح يكون بعد هذه المدة لا قبلها ولا دلالة فيه علي أن النفخ يتحتم عند تمامها . بل قد يتأخر عنها.

(١) حاشية ابن عابدين ١/٣٠٢ ، بداية المجتهد ١/١٧٥ ، المهذب ١/١٨٤ ، المغني ٢/٥٢٢ ،

المحلي ١١/٣٣ .

(٢) سبق تخريج الحديث .

ويري الإمام أحمد في رواية وابن عباس وسعيد بن المسيب^(١):

أن الروح تنفخ في الجنين بعد أربعة أشهر وعشرا - أي بعد مائة وثلاثين يوما.

واستدلوا علي ذلك بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ
أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ
عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾^(٢).

فقد سئل سعيد عن عدة الوفاة حيث جعلت أربعة أشهر وعشرا: ما
بال العشر؟ قال: ينفخ فيه الروح^(٣).

ويناقد: بأن الآية لا دلالة فيها علي أن الجنين تنفخ فيه الروح في
العشر بعد الأربعة الأشهر، حيث لا يتعلق بنفخ الروح هنا حكم أصلا.
لأن المعتدة لو ظهر حملها لا تنقضي عدتها بمضي تلك المدة سواء نفخت
الروح في الجنين أم لا، فمتى ظهر حملها فعدتها تنقضي بالوضع وليس
بالمدة.

وعلى هذا فالمدة المذكورة بالآية لم يقصد بها إلا استبراء الرحم،
والتأكد من عدم وجود الحمل أصلا. وقد أفادت الآية أن هذا لا يكون إلا
بانقضاء هذه المدة، ولا علاقة للآية بنفخ الروح في الجنين أو عدمه.

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٦٤، حاشية ابن عابدين ٣٠٢/١.

(٢) الآية ٢٣٤ من سورة البقرة.

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٦٤.

واستدلوا علي ذلك أيضا : بما روي عن ابن عباس قال : إذا وقعت النطفة في الرحم ، مكثت أربعة أشهر وعشرا ، ثم تنفخ فيه الروح ، ثم مكثت أربعين ليلة ، ثم بعث إليها ملك فنفخها في نقرة القفا ، وكتب شقياً أو سعيداً^(١).

ونوقش : بأن هذا الأثر عن ابن عباس في إسناده مقال قال ابن رجب بعد أن ذكر الأثر (وفي إسناده نظر)^(٢).

الترجيح : الناظر في الأدلة التي استدل بها الجمهور علي أن نفخ الروح يكون عند تمام المائة والعشرين يوما ، أو ما استدل به القائلون بأن الروح تنفخ بعد مائة وثلاثين يوما لا يجد في النصوص قطعا بتحديد أى من الوقتين كما ظهر من مناقشة الأدلة.

ومع هذا فإن ما ذهب إليه الجمهور من القول باعتبار وقت نفخ الروح عند تمام المائة والعشرين يوما هو الراجح ، ليس لأن ما استدلوا به قد أفاد ذلك قطعا ، فقد سبق عند مناقشة بيان أن غاية ما أفاده أن الروح لا تنفخ قبل هذه المدة وقد تتأخر عنها ولا دلالة فيه علي ضرورة وجود النفخ عند تمامها غير أن هذا محتمل أى أن ما استدل به الجمهور اكتمل نفخ الروح في الجنين بعد مائة وعشرين يوما وهذا الاحتمال يكفي الترجيح ما ذهبوا إليه ، وذلك لأن نفخ الروح في الجنين يعني إثبات حكم الحياة له ،

(١) جامع العلوم والحكم ، ص ٦٤.

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٦٤.

واعتباره آدميا حيا يحرم الاعتداء عليه بالإجهاض وغيره لما فيه من اعتداء علي آدمي حي. والشريعة الإسلامية فيما يتعلق بحفظ النفس البشرية وصيانتها تأخذ بأدني الأسباب الموجبه لعصمتها ولو كانت شبهة لا ترقى إلي درجة اليقين ، وما استدل به الجمهور أفاد أن نفخ الروح يكون بعد مرحلة المضغة وذلك بعد مائة وعشرين يوما .

وقد فهم الجمهور أن النفخ يعقب هذه المدة دون تراخ فوجب إثبات حكم الحياة للجنين عند مرور هذه المدة لا سيما وأن الطب لم يثبت عكس ذلك.

المطلب السادس: حياة الجنين عند الأطباء:

ما أجمع عليه المفسرون والفقهاء من أن نفخ الوح في الجنين لا يكون قبل مضي أربعة أشهر من الحمل، ثم اختلافهم في الاقتصار علي تلك المدة أو الزيادة عليها ، قد يظهر تعارضه مع ما أثبتته الطب الحديث من ظهور الحياة في الجنين ورصدها بالأجهزة المتقدمة قبل هذه المدة.

جاء في بحث للدكتور/ حسان حتحوت عن الإجهاض بين الدين والطب ما نصه : حرمة الحياة مقررة في الإسلام كما هو معروف، وينسدل هذا علي الجنين ، إلا أن بعض السلف الأقدمين من الفقهاء قسموا حياة الجنين قسمين يفصل بينهما بدء شعور السيدة بحركة الجنين في بطنها ، ويكون هذا عادة في نهاية الشهر الرابع من الحمل وقد توهم هذا الفريق

من الفقهاء أن هذا الإحساس سببه دبيب الحياة في الجنين. أو ما عبروا عنه بنفخ الروح ... إلا أن التقدم الطبي منذ عصرهم وحتى عصرنا الحاضر قد كشف أن إحساس السيدة بحركة الجنين لا ينبئ عن هذه الحركة ، فالحق أن الجنين يتحرك من قبل ذلك بزمن طويل، ولكن السيدة لا تحس به ، لأن الكيس المائي الذي يسبح فيه يكون في البداية كبيرا فسيحا بالنسبة لجسمه الصغير ، ويمر زمن حتى يكبر الجنين فتستطيع لكلماته وركلاته أن تظال جدار الرحم فتشعر به السيدة بعد أربعة أشهر حملية ، بل إن لدينا الآن من الأجهزة ما نسمع به دقات قلب الجنين ، وهو في الأسبوع الخامس، ولدينا من الأجهزة ما نرصد به حركة الجنين حتى من قبل ذلك.

واستقر علميا أن الجنين منذ بدايته بيضة ملقحة تشرع في الانقسام والتكاثر ، فإنه كائن حي حتى ينمو ويتطور بصورة متصلة ناعمة دائمة مستمرة دون أن يوجد خط فاصل له قبل ولا بعد يتيحان الأخذ بما اجتهد إليه الأقدمون ، العلة إذن تغيرت فلا بد أن يتغير الحكم ، وعلي ما أفضى إليه التقدم العلمي تتأسس حرمة الجنين في كافة أدوارها...^(١).

والتحقيق أنه لا خلاف البتة بين ما أثبتته الطب الحديث وتوهم بعض أصحابه أنه يخالف فهم السادة العلماء من سلفنا الصالح. بل إن ما توصل إليه الطب الحديث يكشف عن عظمة سلفنا الصالح وفهمهم الصحيح ،

(١) الإجهاض بين الطب والدين وخطره علي المسلمين ص ٢٢-٢٣، مطابع دار الطباعة والنشر الإسلامية.

واستطاعتهم بالملاحظة المجردة المسترشدة بهذه النصوص الشرعية التوصل إلي ما توصل إليه علماء الطب بهدى أجهزتهم الدقيقة المتقدمة.

فإن ما أثبتته الطب الحديث من بدء الحياة والحركة في الجنين في مراحل متقدمة لم يغيب عن نظر سلفنا الصالح من السادة العلماء، ومع ذلك فهو لا يدل علي وجود الحياة الأدمية التي تتعلق بها سائر الأحكام الشرعية وهي التي تعني وجود الروح في الأدمي، بل يدل علي سبق علمي لسلفنا الصالح غاب عن نظر علماء الطب حتي في مراحل الحديثة حيث اهتدى علماؤنا قديما إلي أن للجنين حياتين.

الأولي : تبدأ من بداية النطفة إلي نهاية مرحلة المضغة وهي حياة تشبه حياة النبات ، ينمو الجنين فيها من النطفة ، فالعلقة ، فالمضغة بغير روح ، عبروا عنها بـ (النامية الطبيعية) ، ثم تبدأ الحياة الثانية بعد المضغة وهي الحياة الأدمية التي توجد بعد نفخ الروح في الجنين بعد المائة والعشرين يوماً.

والتأمل للنص التالي للشيخ داود الأنطاكي والذي ذكره تحت مبحث الحبل يدرك مدي الروعة في التعبير بدقة عن مراحل الجنين وتطوره إلي أن تنفخ فيه الروح ثم استمراره في النمو حتي ولادته.

جاء في التذكرة (أن أطوار الحمل سبعة: الأول : الماء إلي أسبوع ، ثم يتألف بعده الغشاء الخارج، ويلتئم داخله، ويتحول إلي النطفة ، وهو الطور الثاني، وترسم فيه الامتدادات إلي ستة عشر يوماً، فيكون علقة

حمراء وهو في إثنين وثلاثين يوما وهي أقل مدة يتخلق فيها الذكور إلي خمسين يوما ، ولا أكثر وهو الطور الخامس، ثم يجتلب الغذاء ويكتسى اللحم إلي خمس وسبعين يوما وهو الطور السادس، ثم يتحول خلقا آخر مغاير لما سبق، وتمتلى تجاويفه بالغرزية ، بل النامية الطبيعية، وهذا يكون كالنبات ، إلي نحو المائة، ثم يكون كالحوان النائم إلي عشرين بعدها فتنفخ فيه الروح الحقيقية ، وبهذا يرتفع الخلاف بين الفلاسفة حيث حكموا بنفخ الروح في رأس سبعين ، وبين ما ذكره الشارع ﷺ فان الروح الطبيعية وهي حاصلة للنبات ، والثاني الروح التي تستقبل بها الإنسانية^(١).

ويفرق الإمام الغزالي بين حكم العزل والإجهاض فيقول بعد أن يتحدث عن كراهة العزل (وليس هذا كالإجهاض والوأة، لأن ذلك جنابة علي موجود حاصل، وله أيضا ! مراتب وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء الرجل، وتستعد لقبول الحياة ، وإفساد ذلك جنابة ، فإن صارت مضغطة ، وعلقة ، كانت الجناسة أفحش ، وإن نفخ فيه الروح ، واستوت الخلقة ازدادت الجنابة تفاحشا، ومنتهي التفاحش في الجنابة بعد الانفصال حيا)^(٢).

فواضح من النصين السابقين للأنطاكي، والإمام الغزالي أن سلفنا الصالح سبق الطب في حقيقة حياة الجنين ومراحلها، وأن حياته من النطفة إلي المضغطة أشبه بحياة النبات ، وأن حياته بعد المضغطة إلي الولادة حياة

(١) تذكرة داود الأنطاكي ١٣٠/٢، ط مكتبة الثقافة الدينية سنة ١٩٩٤م.

(٢) إحياء علوم الدين للإمام الغزالي ، ٥٣/٢.

الأدمى.

ومع وقوف الدكتور تحوت علي هذا السبق لسلفنا الصالح وإشارته إليه في بحثه بقوله (وهذا الرأي الحديث الذي وصل إليه العلم بالملاحظة المباشرة ، وصل إليه فريق من الفقهاء القدامى عن طريق المنطق والاستدلال ، فقالوا : إن الجنين حتى قبل نفخ الروح فيه حياة محترمة هي حياة النمو والإعداد فلا يجوز إسقاطه)^(١).

إلا أنه يرى هذا البعض السلف الصالح ولم يقف عليه بقية الفقهاء، ولذا رأى وجوب النظر في اجتهادهم حسب ما توصل إليه الطب الحديث، وهذا غير مسلم فلا يعقل أن تغيب هذه الحياة عن نظر السادة الفقهاء والمفسرين مع هذا التفصيل الدقيق لمراحل الجنين ووقت تخلقه وتصويره من قبل النصوص الشرعية ، والمتأمل روعة التعبير القرآني عن مراحل الجنين في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سَلَالَةٍ مِّن طِينٍ (١٢) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ (١٣) ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾^(٢). فالنص القرآني يشير إشارة واضحة لا خفاء فيها إلي حياة الجنين في كل مراحلها بدليل أنه ينتقل من خلق إلي خلق وهذا يقتضى كونه حيا لا جمادا، ثم يس

(١) الإجهاض بين الطب والدين وخطره علي المسلمين ص ٢٣.

(٢) سورة المؤمنون ١٢-١٤.

كونه حيا لا جمادا، ثم يشير إلى نوع آخر من الحياة بقوله تعالى : ﴿ ثم أنشأناه خلقاً آخر... ﴾ إشارة إلى الحياة الثابتة المغايرة للأولى وهى حياة الأدمى الذى نفخت فيه الروح.

أى أن الجنين بعد نفخ الروح فيه يتحول من الحياة النامية الطبيعية إلى حياة أخرى وهى الحياة الأدمية وبذا تتفق المعطيات الطبية التى تثبت حياة الجنين المبكرة مع النصوص الشرعية كلها فى أن الجنين حى من بداية مراحلها من النطفة إلى ولادته وهذا ما قال به المنصفون من الأطباء.

يقول الدكتور/ محمد نعيم ياسين فى بحث بعنوان الإجهاض بين القواعد الشرعية والمعطيات الطبية (إن العلم فى مجال الطب أعطى حقيقة مفادها أن الحياة تبدأ مع الجنين مبكرة ، وقبل مرحلة نفخ الروح التى ورد ذكرها فى حديث رسول الله ﷺ وتبدأ مع هذه الحياة حركة تستطيع الأجهزة الطبية العصرية أن تبينها قبل مضى شهرين من عمر الجنين ، وقد يظن ظان أن هذه الاكتشافات تتعارض مع ما ثبت من حديث رسول الله ﷺ فى الوقت الذى تنفخ فيه الروح فى الجنين وهو مطلع الشهر الخامس من عمر الجنين ، والحق أنه لا تعارض ولا تناقض لأن الحديث الشريف لم يخبر عن بدء الحياة فى الجنين بصراحة ، وإنما أخبر عن الزمن الذى يمنح فيه الجنين وصف الأدمية ، وخصائصها ، وهو الوقت الذى ينفخ فيه الروح ، ويكتب له قدره ، وهو كما أخبر الرسول ﷺ بعد التحام الحيوان المنوى بالبويضة بمائة وعشرين يوماً ، وهو أمر يختلف عن بدء الحياة ،

وعدم نفخ الروح فيه قبل ذلك الوقت ، لا يعنى كونه جسماً ميتاً، بل إشارة الرسول ﷺ إلى تطوره وتشكله ، نطفة إلى علقة إلى مضغة ليشير إلى وجود نوع من الحياة فيه قبل نفخ الروح ، ولكنه وإن كان جسماً حياً لا يسمى بشراً، ولا آدمياً ، وإنما هو الجسم الحى الذى سيكون بشراً ينفخ فيه الروح بإذن الرب جل وعلا^(١).

(١) الإجهاض بين الطب والدين وخطره على المسلمين ص ٣٠-٣١.

الفصل الأول

حكم الإجهاض

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : الإجهاض وأسبابه ووسائله.

المبحث الثاني: إجهاض الحمل بعد نفخ الروح فيه.

المبحث الثالث : إجهاض الحمل قبل نفخ الروح فيه

المبحث الأول الإجهاض وأسبابه ووسائله

وفيه ثلاث مطالب :

المطلب الأول : التعريف بالإجهاض :

يطلق الإجهاض فى اللغة :على إلقاء الحمل ناقص المدة ، أو ناقص الخلق ، لا فرق بين حمل المرأة وغيرها ، وسواء أكان الإلقاء بفعل فاعل أم تلقائيا ، وله مترادفات كالإسقاط ، والإلقاء والطرح ، والإملاص^(١) .
وقد استقر مجمع اللغة العربية على إطلاق كلمة إجهاض على خروج الجنين قبل الشهر الرابع ، وكلمة إسقاط على إلقائه ما بين الشهر الرابع والسابع^(٢) .

وفى اصطلاح الفقهاء :

لا يخرج استعمال كلمة الفقهاء لكلمة إجهاض عن المعنى اللغوى ، وهو إلقاء الحمل ناقص الخلق ، أو ناقص المدة . غير أن الفقهاء يفرقون بين إلقاء الحمل تلقائيا ، وبين إلقائه بفعل فاعل فيجعلون من الثانى جنابة توجب العقوبة ، خلافا للأول ، وكثيرا ما يعبرون عن الإجهاض بمرادفاته

(١) يراجع لسان العرب لابن منظور .، مختار الصحاح للرازى ،(جهض، سقط، ملص، طرح).

(٢) المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية و جهض ١/١٤٤ ، سقط ١/٤٣٧ ، ط مطبعة مصر

سنة ١٩٦٠ .

كالإسقاط والإلقاء والطرح والإملاص^(١).

المطلب الثاني : أسباب الإجهاض :

أسباب الإجهاض متعددة متنوعة :

فقد يُقصد الجنين بالإجهاض باعتداء من الأم أو غيرها لأسباب من

أهمها:

- قصد التخلص من الجنين خوف الفاقة أو ضيق ذات اليد وهو

المنهى عنه بقوله تعالى : ﴿لَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ

وَأَيَّاكُمْ إِنْ قَتَلْتُمْ أَنْ كَانَتْ خَطَاً كَبِيراً﴾^(٢).

- قصد التخلص من الحمل خوفا من انقطاع لبن الأم عن طفلها

الرضيع.

- الخوف على الجنين من الإصابة بمرض أصاب أمه أو أباه.

- الخوف على حياة الأم إن كان الحمل يضر بصحتها.

- إرادة التخلص من الجنين في الحمل غير المشروع الذي نتج عن

سفاح خشية الفضيحة. وغير ذلك من الأسباب التي تجعل إجهاض الجنين

مقصودا لذاته.

(١) البحر الرائق ٨/ ٣٨٩، بدائع الصنائع ٧/ ٣٢٥، بلغة السالك ٢/ ٣٩٧، بداية المجتهد

٢/ ٣١١، المهذب ٢/ ٢٥٣، المغني ٧/ ٧٩٩، المحلي ١١/ ٢٨-٢٩.

(٢) سورة الإسراء ٣١.

وقد يكون إجهاض الجنين غير مقصود لذاته كما لو شربت الأم دواء أو حملت شيئا ثقيلا أو شممت رائحة كريهة أعقبها إجهاض الجنين.

وقد يتم هذا النوع من الإجهاض والذي لم يقصد به الإجهاض لذاته بواسطة غير الأم. كما لو اعتدى عليها شخص بالضرب أو التخويف فسرت الجناية إلى الجنين.

والخلاصة : إن إجهاض الجنين قد يكون مقصودا ، وقد يكون غير مقصود وكلاهما قد يكون من الأم أو من غيرها.

كما أن الإجهاض قد يكون بجناية ، وقد يكون بغير جناية.

المطلب الثالث : وسائل الإجهاض :

وسائل الإجهاض متعددة كتعدد أسبابه ، ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة

أنواع:

النوع الأول : وسائل إيجابية ، ويقصد بها الإجهاض الحاصل إثر

فعل سواء أكان من الأم أم من غيرها ، ومن أمثلة هذا النوع ، الجناية

الواقعة على الأم كالضرب ونحوه مما يؤثر على الأم وجنينها معا ، أو على

الجنين دون الأم.

ومنه التخويف أو الإفزع للأم ، كأن يطلب الحاكم من ذكرت عنده

بسوء فتجهض من شدة الفزع ، ومن أمثلة هذا النوع أيضا . التجويع أو

الغضب أو الحزن الشديد نتيجة خبر مؤلم ، أو الإساءة البالغة إلى الأم ،

وكذا شم رائحة نفاذة تؤثر على الحمل وغير ذلك.

النوع الثانى : وسائل سلبية: ويقصد بالوسائل السلبية امتناع الأم عن فعل شئ مهم لبقاء الحمل، فيترتب على عدم الفعل الإضرار بالحمل.

ومن أمثلة ذلك: امتناع الأم عن تناول دواء موصوف لها لبقاء الحمل، وكذا امتناعها عن تناول شئ تشتبهه وتعلم أن عدم تناولها له يؤثر على بقاء حملها ونحو ذلك.

النوع الثالث: الوسائل الطبية: هى الوسائل التى يستخدمها الطبيب لإجهاض الجنين وهى متعددة منها :

- الحقن المضاد لمادة (البرجسترون) المسبولة عن تثبيت الحمل.
- استخدام مادة (البروستاجلامزين) القاتلة للجنين عن طريق الحقن فى الوريد أو العضل أو الرحم أو الكبسول المهبلى.
- إجراء عملية كحت وتوسيع وتنظيف للرحم.
- إجراء عملية توسيع لعنق الرحم بوضع بعض الألياف الجافة فى عنق الرحم والتى تتضخم بامتصاص الماء فيتسع عنق الرحم ويسقط الجنين.
- إجراء عملية جراحية تشبه القيصرية لاستخراج الجنين من الرحم.

المطلب الرابع: أنواع الإجهاض عند الأطباء:

يعرف الأطباء الإجهاض بعدة أنواع أبرزها ما يلي:

أولا : الإجهاض المتحتم الكامل، ويقصد به نزول الجنين من بطن أمه بتمامه وذلك قبل ثمانية وعشرين أسبوعا من الحمل وإن كان حيا حيث لا يعيش قبل هذه المدة عندنا وقبل أربعة وعشرين أسبوعا في إنجلترا وقبل اثنتين وعشرين أسبوعا في أمريكا.

وتقتصر مهمة الطبيب هنا على تنظيف الرحم ووقف النزيف إن وجد. ولا علاقة له بالجناية على الجنين بل هو يحاول حفظ حياته بالحضانات ونحوها.

ثانيا : الإجهاض غير الكامل ، ويقصد به نزول بعض الجنين وبقاء البعض الآخر والذي لا يمكنه البقاء برحم الأم لعدم وجود الحياة فيه. وتكون مهمة الطبيب إخراج هذا الجزء المتبقى من رحم الأم حتى لا يتعفن به.

ثالثا : الإجهاض العفن : ويقصد به به إخراج الطبيب للجنين الميت من رحم الأم حتى لا يضر بها.

رابعا : الإجهاض على جنين أو بيوضة غير كاملة ، ويقصد به إخراج الطبيب للغشاء الذى تكون برحم الأم بغير جنين بداخله نظرا لخلل بالبويضة أو الحيوان المنوى.

وهذه الأنواع والتي يعدها الأطباء من الإجهاض ليست من الإجهاض أصلا إذ يقصد بالإجهاض الاعتداء على حمل موجود ويترتب عليه منع استمرار بقائه ونموه والأنواع السابقة لم يوجد اعتداء من الطبيب أصلا بل إن ما يقوم به يتعلق بالتطبيب المشروع والضرورى لصحة الأم.

خامسا : الإجهاض المتأخر : ويقصد به نزول بعض الدم من الأم الحامل تنذر بإجهاض الجنين ولا تؤكده ، بل قد يتوقف الدم ويبقى الجنين.

سادسا : الإجهاض بغير سبب مشروع وهو الإجهاض الذى يفعله بعض الأطباء لغير ضرورة طبية وإنما تلبية لرغبة الأم التى لا ترغب فى الإنجاب.

وهذان النوعان يدخلان فى دائرة البحث حيث إن الإجهاض فيهما اعتداء على جنين حى بغير ضرورة وعلى هذا فما يثبت فى مباحث هذا الكتاب من القول بالإباحة أو التحريم وما يترتب على ذلك من المؤاخذه يثبت للطبيب الذى يقوم بعمل الإجهاض فى هذين النوعين الأخيرين.

المبحث الثاني

إجهاض الحمل بعد نفخ الروح فيه

لا يخلو إجهاض الحمل من أن يكون قبل نفخ الروح فيه. أى قبل الأربعة الأشهر الأولى من الحمل، أو بعدها ، ولما كان إجهاض الحمل بعد نفخ الروح محل اتفاق بين الفقهاء، كان من الأولى البدء ببيان حكمه ، ثم بيان حكم الإجهاض قبل نفخ الروح فى الجنين.

لا خلاف بين الفقهاء حول تحريم إجهاض الحمل بعد نفخ الروح فيه ، واعتبار تعمد إجهاضه جناية توجب العقوبة ، لكونه ازهاقا لروح آدمى حتى تضافرت الأدلة على تحريم إزهاقها من الكتاب والسنة والإجماع^(١).

فمن الكتاب أدلة كثيرة منها :

قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا﴾^(٢).

ووجه الدلالة من الآية : أن قتل النفس محرم شرعاً والحمل بعد

(١) حاشية ابن عابدين ٣٠٢/١، ١٧٦/٣، البحر الرائق ٣٨٦/٨ بدائع الصنائع ٣٢٥/٧، بداية المجتهد ٣١١/٢، حاشية الدسوقي ٢٦٧/٢، بلغة السالك ٣٩٧/٢، المهذب ٢٥٣/٢، المنى ٧٩٩/٧، المحلى ٣١/١١.

(٢) سورة الإسراء ٣٣.

نَفَخَ الرُّوحَ فِيهِ نَفْسٌ مَحْتَرَمَةٌ فَيَحْرَمُ الِاعْتِدَاءَ عَلَيْهَا كَالنَّفْسِ الْيَافِعَةِ.
وقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ
وَأَيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ (١).

وجه الدلالة : أن الآية وإن كانت تنهى عن قتل الولد خشية
الفقر ، والولد لا يكون إلا بعد ولادة ، وعلى هذا فلا يسمى الحمل
ولدا لأنه لم يولد بعد، إلا أنه في حكم الولد باعتبار ما يؤول إليه ، لأن
مصيره إلى الولادة ، فيكون الاعتداء عليه بالإجهاض في حكم
الاعتداء عليه بعد الولادة في التحريم والتجريم.

وقوله تعالى : ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ
شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ
وَأَيَّهُمْ وَلَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي
حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ (٢).

قال القرطبي (وقد يستدل بهذا من يمنع العزل، لأن الوأد يرفع
الموجود، والنسل، والعزل منع أصل النسل فتشابها ، إلا أن قتل النفس
أعظم وزراً وأقبح فعلاً..)(٣).

فإذا كان بعض العلماء يستدل بهذه الآية الواردة في تحريم قتل

(١) سورة الإسراء، ٣١.

(٢) الآية ١٥١ من الأنعام.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٢٦٥.

الولد خشية الفقر على تحريم العزل لأنه يمنع الولد، فمن باب أولى فهي دليل على تحريم إجهاضه وهو حمل لأنه وجد لا سيما وإن كان قد نفخ فيه الروح.

ومن ذلك أيضا - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيَنَّ فِي مَعْرُوفٍ قِبَالِهِنَّ وَأَسْتَغْفِرَ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (١).

فقد سبق القول أن هذه الآية قد قصد بها أخذ العهد على النساء بعدم إجهاض أحمالهن بعد أخذه عليهن بعدم الشرك والسرقة والزنا ، وذلك حيث توجه الخطاب إليهن ، وسلط على مطلق الولد الذي يشمل الولد الذكر والأنثى، مما جعل حمل الآية على عدم الإجهاض أولى من حملها على الوأد كما سبق بيان ذلك.

والآيات السابقة وغيرها كثير ظاهرة في تحريم قتل الولد، ولا يقتصر التحريم على من ولد وإنما نص عليه لعظم الجناية عليه لتحقيق حياته.

ومن السنة دل على تحريم قتل الولد ومنه الإجهاض أحاديث كثيرة منها.

(١) الآية ١٢ من سورة الممتحنة.

ما روى عن عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - قال : قال رجل : « يا رسول الله أى الذنب أكبر عند الله ؟ قال : أن تدعو لله ندأ وهو خلقك ، قال ثم أى ؟ قال : ثم أن تقتل ولدك أن يطعم معك ، قال ثم أى ؟ قال : ثم أن تُزاني بحليلة جارك ، فأنزل الله - عز وجل - تصديقها ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ﴾ (١) الآية (٢).

وما روى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - « أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها فقضى فيه ﷺ بغرة عبد أو أمة » (٣).

وجه الدلالة : من الحديث ظاهر فى تحريم قتل الجنين ، فلو لم يكن قتله حراما ما أوجب غرامة.

أما الإجماع : فإنه لا يعلم خلاف بين العلماء فى تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح، فقد نصوا على أنه إذا نفخت فى الجنين الروح حرم الإجهاض وقالوا إنه قتل له بلا خلاف (٤).

والذى يؤخذ من إطلاق الفقهاء تحريم إجهاض الحمل بعد نفخ

(١) سورة الفرقان ٦٨.

(٢) صحيح البخاري - ديات - قول الله تعالى - ومن قتل مؤمنا... ١٨٥ / ٤.

(٣) صحيح مسلم - القسامة والمحاربين والقصاص والديات - دية الجنين ٤٤ / ٢.

(٤) بدائع الصنائع ٣٢٥ / ٧، حاشية ابن عابدين ٢٣٨ / ٢، البحر الرائق ٣٨٩ / ٨، بلغة السالك

للصاوي ٣٩٧ / ٢، بداية المجتهد ٣١١ / ٢، حاشية الدسوقي ٢٦٧ / ٢، المهذب ٢٥٣ / ٢،

المغني ٧٩٩ / ٧، المحلى ٣١ / ١١.

الروح فيه أنه يشمل ما لو كان في بقاءه خطر على حياة الأم فلا يجوز إجهاضه أيضا وهو ما صرح به ابن عابدين في حاشيته حيث يقول فيما لو خيف على حياة الأم من بقاء الحمل، وظن بتقطيع الجنين بقاء الأم (ولو كان حيا لا يجوز تقطيعه ، لأن موت الأم به موهوم ، فلا يجوز قتل آدمي حتى لأمر موهوم)^(١).

ويظهر من نص ابن عابدين هذا أن السبب الذي من أجله أجمع الفقهاء على عدم جواز إجهاض الجنين بعد نفخ الروح فيه حتى ولو كان في بقاءه خطورة على حياة الأم، أن تلك الخطورة غير مؤكدة فقد يبقى الجنين إلى وقت الوضع ثم تضع الأم ولا تتعرض حياتها للخطر المحتمل، ولذا لم يجز دفع هذا الخطر المحتمل، الذي قد يكون موهوما بإزهاق روح آدمي حتى تأكدت حياته بنفخ الروح فيه. وهذا المعنى هو ما أكده صاحب البحر الرائق نقلا عن النوادر إذ يقول (وفي النوادر امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن إلا بقطعه أرباعاً ولو لم يفعل ذلك يخاف على أمه من الموت فإن كان الولد ميتا في البطن فلا بأس به ، وإن كان حيا لا يجوز لأن إحياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد في الشرع)^(٢).

وينبغي أن يكون حكم إجهاض الحمل ولو بعد نفخ الروح فيه إذا

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٢٣٨.

(٢) البحر الرائق ٨/٢٣٣.

خيف على حياة الأم من بقاءه الجواز وذلك لما يلي:

أولاً: أن اجتهاد فقهاءنا العظام كان فى وقت لم تكن الوسائل الطبية المتاحة تستطيع تحديد مدى الخطورة المتوقعة على حياة الأم من بقاء الجنين وهذا الأساس قد تغير بعد التقدم الذى طرأ على الوسائل الطبية وأجهزتها المتقدمة التى يمكنها تحديد ذلك بدقة وعلى هذا فلا يكون الخوف على حياة الأم من بقاء الحمل موهوما بل مؤكداً.

ثانياً: القواعد الشرعية على ضوء هذا التغيير الذى طرأ على الأساس الذى بنى فقهاؤنا العظام عليه اجتهادهم السابق لا تأبى إجهاض الحمل إذا خيف من بقاءه على حياة الأم ولو كان بعد نفخ الروح فيه.

فمن القواعد الشرعية المعروفة « الضرورات تبيح المحظورات »^(١).

فإذا كان إجهاض الحمل بعد نفخ الروح فيه محظوراً فإن الإبقاء على حياة الأم ضرورة توجب إباحته ولا يقال إن الضرورة لا تبيح الإجهاض لأنه قتل. لأنه وإن كان قتلاً إلا أن فيه إحياء للأم وفى تركه هلاك له وللأم معاً.

وقد صرح العلماء بأن الكفار إذا ترسوا بنساء وصبيان أو بأسراء

(١) يراجع الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٠.

المسلمين جاز رميهم مع ما فيه من تعريض المسلمين للقتل^(١).

ومن القواعد الشرعية: إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما
بارتكاب أخفهما^(٢).

وارتكاب مفسدة إجهاض الجنين أخف من مفسده تركه لتهلك
الأم به ومعه.

مع هذا فلا ينبغي الإقدام على إجهاض الجنين الذى نفخت فيه
الروح لمجرد الخوف بل لا يجوز ذلك إلا عند تأكد الخوف والضرورة
القصوى كما لو عجز الأطباء عن إخراج الجنين من بطن أمه عند
الولادة بأى وسيلة وكانوا بين خيارين إما التضحية بالجنين وإما بأُمه
وإلا ماتا معا. أو أمكن أثناء الحمل وقبل وقت الولادة إثبات وقوع
الضرر البالغ بالأم إذا بقى الجنين واستحال استمراره حتى الولادة مع
المحافظة على صحة الأم باتفاق المهرة من الأطباء مع تأكدهم كذلك
بأن عملية الإجهاض لا يترتب عليها خطورة على صحة الأم ولا
يكفى فى ذلك كله مجرد الاحتمال ولو كان قويا.

(١) الأشباه والنظائر ص ٦٢.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٢.

المبحث الثالث

إجهاض الحمل قبل نفخ الروح فيه

إذا كان الفقهاء لم يختلفوا حول تحريم إجهاض الحمل بعد نفخ الروح فيه واعتباره جريمة توجب عقوبة ، إلا أنهم قد اختلفوا حول حكم إجهاضه قبل نفخ الروح فيه اختلافاً كثيراً، وتعددت الآراء حتى في المذهب الواحد، بين مجوّز على الإطلاق ، أو قبل الأربعين يوماً فقط، أو الجواز لعذر والمنع عند عدمه، أو المنع المطلق ، أو الكراهية وذلك على النحو التالي:

الرأى الأول : الجواز المطلق قبل نفخ الروح:

يرى بعض الحنفية وابن رشد من المالكية وبعض الحنابلة^(١) : أن الجنين ما لم تنفخ فيه الروح لا يحرم إجهاضه ، وعللوا ذلك بأنه قبل نفخ الروح ليس بآدمى حياً.

جاء فى حاشية ابن عابدين (يباح لها أن تعالج فى استنزال الدم ما دام الحمل مضغة أو علقه ولم يتخلق له عضو ، وقدروا تلك المدة بمائة يوم وعشرين يوماً، وإنما أباحوا ذلك لأنه ليس بآدمى حياً)^(٢).

وفى بداية المجتهد (واختلفوا من هذا الباب فى الخلقة التى توجب

(١) البحر الرائق ٣٨٦/٨، حاشية ابن عابدين ٣٠٢/١، ١٧٦/٣، بداية المجتهد ٣١٢/٢، المغنى ٨٠٢/٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٠٢/١، ومثله فى البحر الرائق ٣٨٦/٨.

الغرة.. والأجود أن يعتبر نفخ الروح فيه، أعنى أن يكون تجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه^(١)..

فالظاهر من كلام ابن رشد عدم الاعتداد بإجهاض الحمل قبل نفخ الروح فيه حيث يربط العلماء بين التحريم والغرامة في هذا الباب، فحيث يحرم الإجهاض تجب الغرة وحيث لا يحرم لا تجب.

الرأى الثانى : الجواز قبل الأربعين يوماً الأولى من الحمل فقط.

يرى أبو إسحاق المروزى من الشافعية واللخمي من المالكية وظاهر مذهب الحنابلة^(٢) : أن الجنين لا يحرم إجهاضه قبل الأربعين يوماً الأولى.

جاء فى المغنى. (وإن ألفت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية فيه غرة ، وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمى لو بقى تصور فقيه وجهان : أصحهما : لا شئ فيه لأنه لم يتصور فلم يجب فيه كالعلة ، ولأن الأصل براءة الذمة فلا تشغلها بالشك.

والثانى : فيه غرة لأنه مبتدأ آدمى أشبه ما لو تصور ، وهذا يبطل بالنظفة والعلة^(٣).

(١) بداية المجتهد ٢/٣١٢.

(٢) حاشية الرهونى على شرح الزرقانى ٣/٢٦٤، ط الأولى ، نهاية المحتاج ٨/٤١٦، المغنى ٨٠٢/٧.

(٣) المغنى ٧/٨٠٢.

فظاهر من النص أن الحنابلة فى الراجح عندهم لا يرون إجهاض الحمل فى مرحلة المضغة قبل التصور جنائية ، ولذا لم يجب فيه شئ كالعلقة ، فدل على أن إجهاضه فى مرحلة العلقة لا خلاف على جوازه عندهم.

وهذا الرأى كسابقه يرى أن الحمل فى مراحل الأولى لا يثبت فيه التحريم حيث إنه ليس بأدمى حى.

ويجب عليهما : بأن الحمل وإن كان فى مراحل الأولى قبل نفخ الروح كما يرى الفريق الأول ، أو قبل الأربعين كما يرى الفريق الثانى وإن لم يكن آدميا حيا إلا أنه مبتدأ خلق آدمى لولا إجهاضه لصار آدمياً حيا، وإذا كان بعض العلماء يمنع العزل لكونه منع لأصل الولد المنهى عن قتله بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ ﴾ ^(١) مع أن الماء المعزول لا يتحقق به وجود الحمل ^(٢) إن لم يُعزل ، فممنع إجهاض الحمل بعد وجوده أولى.

الرأى الثالث : جواز الإجهاض قبل نفخ الروح لعذر فقط.

يرى جمهور الحنفية وبعض الشافعية ^(٣) : جواز إجهاض الحمل ما لم تنفخ فيه الروح - أى قبل المائة والعشرين يوما - إذا وجد عذر

(١) سورة الأنعام من الآية ١٥١ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣/ ٢٦٥١ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/ ١٧٦ ، الاتناع بحاشية البجيرمى ٤/ ١٢٩ . نهاية المحتاج ٨/ ٤١٦ .

مقبول يسوغ ذلك . ثم يختلف أصحاب هذا الرأي في نوع العذر الذى يجوز معه إجهاض الجنين .

فقد مثل الحنفية للعذر . بأن ينقطع لبن الأم بعد ظهور الحمل ولها طفل رضيع ، وليس لوالده ما يستأجر به مرضعة^(١) . ونقل الشرييني الشافعى عن الزركشى : (أن المرأة لو دعتها ضرورة لشرب دواء مباح يترتب عليه الإجهاض ، فينبغى أنها لا تضمن بسببه)^(٢) .

فالظاهر مما أورده الحنفية وكذا المنقول عن الزركشى الشافعى أن المراد بالعذر الذى يجوز معه إجهاض الجنين الضرورة وليس مطلق العذر .

ويقصر بعض فقهاء الشافعية العذر على كون الحمل حاصلًا من الزنا ففى نهاية المحتاج (لو كانت النطفة من زنا فقد يتخيل الجواز قبل نفخ الروح)^(٣) .

وإنما جعلوا من حمل السفاح عذراً جاز معه إجهاض الجنين لما يترتب على بقاء الحمل من الفضيحة والعار .

ويناقدش : بأن الشريعة الغراء وإن وإن استعظمت جريمة الزنا، وأنزلت بالزانى أو الزانية العقوبة الشديدة رجما حتى الموت

(١) ابن عابدين ١٧٦/٣ .

(٢) الإقناع بحاشية البجيرمي ١٢٩/٤ .

(٣) نهاية المحتاج ٤١٦/٨ .

للمحصن، وجلدا لغير المحصن. إلا أنها لم تهدر حق الحياة للجنين الحاصل من نكاح غير مشروع ومن أجل ذلك منعت إقامة الحد على الزانية حتى تلد حملها وقصة الغامدية غير خافية حيث امتنع رسول الله ﷺ عن إقامة الحد عليها حين علم أنها حبلى من الزنا حتى تلد فقد روى الإمام مسلم في صحيحه ((... قال: فجاءت الغامدية فقالت يا رسول الله إني قد زنت فطهرني وأنه رذها فلما كان الغد قالت : يا رسول الله : لم تردني؟ لعلك أن تردني كما رددت ما عزرأ فوالله إني لحبلى. قال : أما لا فاذهبي حتى تلدى...))^(١) وما أخر النبي ﷺ إقامة الحد عليها إلا من أجل المحافظة على حياة حملها مع أنه من الزنا ، فالجنين من الزنا كالجنين من النكاح الصحيح بالنسبة لحق الحياة والبقاء فإما أن يجوز الإجهاض فيهما معا قبل نفخ الروح وإما أن يمنع فيهما أيضاً.

الرأى الرابع : الكراهة:

يرى على بن موسى من فقهاء الحنفية^(٢) : أن حكم إجهاض الجنين قبل نفخ الروح فيه الكراهة ، لأن الماء بعد ما وقع فى الرحم مآله الحياة.

جاء فى حاشية ابن عابدين (ولو أرادت الإلقاء قبل مضى زمن

(١) صحيح مسلم - حدود- من اعترف علي نفسه بالزنا ٥٢/٢.

(٢) ابن عابدين ١٧٦/٣.

ينفخ فيه الروح هل يبإاح لها ذلك أم لا ؟ اأختلفوا فيه ، وكان الفقيه على بن موسى يقول إنه يكره ، فإن الماء بعد ما وقع فى الرحم مآله الحياة، فىكون له حكم الحياة كما فى بيضة صيد الحرم^(١). والكرهه عند على بن موسى كراهة تحريم ، لأن الحرم لو كسر بيض الحرم ضمنه عند الحنفية.

جاء فى حاشية ابن عابدين (ولا أقول بالحل إذ الحرم لو كسر بيض الصيد ضمنه ، لأنه أصل الصيد، فلما كان يؤأخذ بالجزاء فلا أقل من أن يلحقها إثم هنا إذا أسقطت بغير عذر)^(٢).

والكرهه رأى محتمل عند الشافعية فى نهاية المحتاج (لا يقال فى الإجهاض قبل نفخ الروح إنه خلاف الأولى بل محتمل للتنزيه والتحرير ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة)^(٣).

وهى رأى عند المالكية أيضا غير أنهم يقولون فى الأربعين يوما الأولى فقط^(٤) ، وليس كما ذهب بعض الحنفية والشافعية أن الكراهة تمتد إلى ما قبل نفخ الروح.

الرأى الخامس : التحريم المطلق :

يرى جمهور المالكية -وهو المعتمد عندهم - وجمهور الشافعية والظاهرية: أن الحمل لا يجوز إجهاضه مطلقا^(٥).

(١) ابن عابدين ١٧٦/٣ . (٢) حاشية ابن عابدين ١٧٦/٢ .

(٣) نهاية المحتاج ٤١٦/٨ . (٤) حاشية الدسوقى ٢٦٦/٢ - ٢٦٧ .

(٥) بداية المجتهد ٣١٢/٢ ، بلغة السالك ٣٩٧/٢ ، حاشية الدسوقى ٢٦٦/٢ - ٢٦٧ ، مواهب

الجليل ٢٥٧/٦ ، نهاية المحتاج ٤١٦/٨ ، المحلى ٢٩/١١ ، ٣١ .

قال ابن رشد : (واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرّة، فقال ، مالك : كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرّة)^(١).

وفي بلغة السالك (وفي إلقاء الجنين بسبب ضرب أو تخويف لغير وجه شرعى أو شم ريح كحفته أو فتح كنيف وإن كان علقة - دم لا يذوب من صب الماء الحار عليه - كانت الجناية خطأ أو عمداً من أجنبي أو أم كشربها ما يسقط به الحمل فأسقطته ذكراً أو أنثى كان من زوج أو زنا عشر أمه)^(٢). أى عشر دينها وهي قيمة الغرّة الواجبة في إجهاض الجنين.

وإذا كان نص كل من ابن رشد، والصاوى يقتصر على حكم إلقاء الحمل في مرحلة العلقة أو المضغة ، مما يوحى بأن حكم إلقاء النطفة ليس داخلاً في التحريم . إلا أن النطفة يحرم إلقاؤها كالعلقة في المعتمد عند المالكية وإن خالف بعضهم في ذلك.

ففي حاشية الدسوقي (لا يجوز إخراج المنى المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً)^(٣) وعلق الدسوقي على قول الدردير السابق بقوله (هذا هو المعتمد. وقيل يكره) ، مما يُفيد أن المقصود بعدم الجواز في عبارة الدردير التحريم. وأصحاب هذا الرأي الذين يرون تحريم إجهاض الحمل

(١) بداية المجتهد ٢/٣١٢.

(٢) بلغة السالك ٢/٣٩٧.

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/٢٦٦-٢٦٧.

(٤) المرجع السابق.

مطلقاً في جميع مراحلہ يعللون ذلك. بأن النطفة بعد الاستقرار آيلة إلى التخلق مهياً لنفخ الروح^(١).

ويناقش: بأنه ينبغي أن تراعى الضرورة الملجئة لإجهاض الحمل كما روعيت في إجهاضه بعد نفخ الروح فيه فقد تتعارض مصلحة الإبقاء على الجنين مع مفسدة الخطورة على صحة الأم ودفْع المفسد مقدم على جلب المصالح.

الترجيح :

بعد هذا العرض لأراء الفقهاء في حكم إجهاض الحمل قبل المائة والعشرين يوماً - أي قبل نفخ الروح فيه - أرى رجحان رأى جمهور الحنفية ومن وافقهم من الشافعية في جواز إجهاض الحمل قبل نفخ الروح فيه سواء أكان في مرحلة النطفة أم العلقة أم المضغة إذا وجدت ضرورة لإلقاء الجنين فقط، ولا يكفي في ذلك مجرد العذر. لأن هذا هو الذى تقره القواعد الشرعية كالضرورات تبيح المحظورات ، والضرر يزال، وإذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما بارتكاب أخفهما، درءُ المفسد مقدم على جلب المصالح وغيرها من القواعد الشرعية . أما إذا لم تكن هناك ضرورة لإجهاض الحمل فلا مجال للقول بجواز ذلك فى أى مرحلة من مراحل الجنين ، ولو كان فى مرحلة النطفة ، لأنه وإن كان الجنين فى خلالها ليس بأدمىً حياً إلا أنه فى بداية خلق آدمى لو بقى ، وقد سبق

(١) يراجع نهاية المحتاج ٤١٦/٨.

القول بن من بداية النطفة إلى الولادة أخذ في التخلق والنمو، فلا مجال لإهدار آدميته أو حرمة في أى مرحلة .، غير أنه عند وجود الضرورة يرتكب الضرر الأخف من أجل دفع الضرر الأشد، ولا شك أن إلقاء النطفة أو العلقة أو حتى المضغة المخلقة أو غير المخلقة أخف من هلاك الأم ونحوه من الضرورات الملجئة . وقد سبق القول بأن الضرورة تجوز الإجهاض بعد نفخ الروح في الجنين فهذا أولى.

الفصل الثاني الآثار المترتبة علي إجهاض الحمل

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تغسيل الجنين وتكفينه والصلاة عليه ودفنه.

المبحث الثاني : ميراث الجنين المجهض.

المبحث الثالث : أثر الإجهاض في الطهارة والعدة والطلاق.

المبحث الأول

تفصيل الجنين المجهض وتكفينه والصلاة عليه ودفنه

الجنين المجهض إما أن يستهل عند نزوله من بطن أمه بالصراخ ونحوه، أو يظهر عليه ما يدل على حياته قطعاً ثم يموت بعد ذلك. أو ينزل ميتاً بعد أربعة أشهر من حمله - أى أن الروح قد نفخت فيه- أو ينزل قبل نفخ الروح فيه.

والفقهاء يتفقون حول حكم حالة من تلك الحالات الثلاث، ويختلفون فى اثنتين منها، وهو ما نعرض له فى المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: إذا نزل الجنين حياً ثم مات بعد ذلك:

لا خلاف بين الفقهاء على أن الجنين إن نزل من بطن أمه حياً وذلك باستهلاله صارخاً ونحو ذلك مما يدل على وجود الحياة فيه عند نزوله، أنه يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن.

واستدلوا على ذلك بما روى عن النبى ﷺ أنه قال: (إذا استهل المولود صلى عليه، وإن لم يستهل لم يصل عليه)^(١).

ولأن الاستهلال دلالة الحياة فتحقق فى حقه سنة الموتى، وقد انعقد الاجماع على ذلك^(٢).

(١) سنن الترمذى ٣/ ٢٤١ ط الحلبي.

(٢) الهداية ١/ ٩٢، ابن عابدين ١/ ٣٠٣، ٢/ ٢٢٧، مواهب الجليل ٢/ ٢٠٨، ٢٠٤، روضة الطالبين ٢/ ١١٧، المهذب ١/ ١٨٤، المغني ٢/ ٥٢٣.

قال ابن المنذر : (أجمع أهل العلم على أن الطفل إذا عرفت حياته واستهل يغسل ويصلى عليه)^(١).

وبدهى أن من يغسل ويصلى عليه يكفن من قبل ويدفن من بعد.

المطلب الثاني: إذا أجهض الجنين قبل الأربعة أشهر:

إذا نزل الجنين قبل نفخ الروح فيه - أي قبل مائة وعشرين يوماً.

فيرى جمهور الفقهاء^(٢) : عدم تغسيله أو الصلاة عليه بل يلف في خرقة ويدفن لكرامة الأدمى.

واستدلوا على تغسيله أو الصلاة عليه بقوله ﷺ: (إذا استهل المولود صلى عليه وإن لم يستهل لم يصل عليه).

ووجه الدلالة من الحديث : أن الحديث دلّ على عدم الصلاة على من لم يستهل من الأجنة، والجنين قبل نفخ الروح فيه لا يتصور منه استهلال فلا يصلى عليه وإذا لم تلزم الصلاة عليه فكذا لا يلزم تغسيله.

ويرى بعض فقهاء الحنفية^(٣) : أنه يغسل وهم يقصدون مجرد غسله من الدم ونحوه بصب الماء عليه، وليس الغسل المعهود في سائر الموتى.

الترجيح : ما عليه جمهور الفقهاء من عدم وجوب تغسيل السقط

(١) الإجماع لابن المنذر ص ١٠ ط دار الكتب العلمية ، بيروت - الثانية سنة ١٩٨٨ م.

(٢) الهداية ١/٩٣، ابن عابدين ٢/٢٢٨، فتح القدير ١/٤٦٥، مواهب الجليل ٢/٢٠٨، ٢٤٠، الروضة ٢/١١٧، المغني ٢/٥٢٢.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢/٢٢٨.

قبل نفخ الروح فيه و كذا عدم تكفينه أو الصلاة عليه وإنما لفه في خرقة
لكرامة الآدمي هو الراجح . لأن الحديث الذي استدلوا به نص في المدعى ،
وما قال به بعض الحنفية من تغسيله لا دليل عليه ثم لو وجب غسله لكان
ينبغي أن يكون الغسل المعهود في الموت ، وكذا كان ينبغي القول بوجوب
الصلاة عليه حيث يلزم من الغسل الصلاة في الموتى ولا يلزم العكس .

المطلب الثالث: من أجهض بعد نفخ الروح فيه ولم يستهل:

إذا نزل الجنين بعد مائة وعشرين يوماً من الحمل ، ولم تظهر عليه
أمارات من أمارات الحياة كالاستهلال ونحوه فقد اختلفت كلمة الفقهاء في
حكم تغسيله وتكفينه والصلاة عليه .

فيرى الحنفية والشافعية في المذهب والحنابلة (١): أنه يغسل ويكفن
ويدفن ثم يختلف أصحاب هذا الرأي في الصلاة عليه .

فيرى الحنفية والشافعية في قول (٢): أنه لا يصلى عليه .

واستدلوا على ذلك بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : (الطفل لا يصلى
عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل) (٣) .

ونوقش : الاستدلال بهذا الحديث، بأنه حديث مضطرب لا يصلح

(١) الهداية ١/٩٣ ، ابن عابدين ٢/٢٢٨ ، المذهب ١/١٨٤ ، المغني ٢/٥٢٢ .

(٢) ابن عابدين ٢/٢٢٨ ، المذهب ١/١٨٤ .

(٣) صحيح سنن الترمذي، جوائز باب في الصلاة علي الأطفال ١/٣٠٢ ط مكتبة التربية العربي .

(١) المغني ٢/٥٢٢ .

للاستدلال^(١).

واستدلوا من المعقول: بأنه لم يثبت له حكم الحياة ، ولا يرث ولا يورث ، فلا يصلى عليه كمن أجهض قبل نفخ الروح فيه ، أما تغسيله وتكفينه ودفنه فهو لكرامة الآدمي^(٢).

ونوقش : بأنه قياس مع الفارق لأن عدم إرثه يرجع إلى عدم تحقق حياته عند موت مورثه ، أما الصلاة عليه فإنها تجب على من كان حيا، وقد علم ذلك ببلوغه مدة نفخ الروح قبل إجهاضه ، فوجب أن تلزم الصلاة عليه لتحقيق شرطها وهو سبق الحياة^(٣).

ويرى الحنابلة والشافعية فى القديم^(٤) : أنه يصلى عليه قبل دفنه.

واستدلوا على ذلك بما روى عن النبى ﷺ أنه قال: (والسقط يصلى عليه)^(٥) وفى لفظ (والطفل يصلى عليه)^(٦) وبما روى عن أبى بكر - رضى

(٢) المهذب ١/١٨٤.

(٣) المغنى ٢/٥٢٢.

(٤) المهذب ١/١٨٤، المغنى ٢/٥٢٢.

(٥) مسند الإمام أحمد حنبل ٤/٢٤٩ ط دار الفكر ، بيروت ، مصنف ابن أبى شيبة - الجنائز - ما قالوا فى السقط.

(٦) سنن الترمذى - جنائز - باب فى الصلاة على الاطفال ١/٣٠١، شرح معاني الآثار للطحاوى - الطفل يموت أىصلى عليه أم لا ١٢/٥٠٨.

الله عنه - أنه قال : « أحق من صلينا عليه أطفالنا » (١).

ويناقش الاستدلال بهذه الأخبار : بأنها محمولة على من أستهل عند نزوله جمعا بينها وبين ما سبق ذكره عن النبي ﷺ (الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل).

واستدلوا من المعقول : بأنه نسمة نفخ فيه الروح فيصلى عليه كالمستهل (٢).

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق فإن من استهل قد علم سبق حياته يقينا خلافا لمن لم يستهل . ثم أن المروى عن النبي ﷺ فى تغسيل السقط أوقف الغسل على الاستهلال وليس على مضى زمن ينفخ فيه الروح.

ويرى المالكية والشافعية فى قول (٣): أنه لا يغسل ولا يصلى عليه ، بل يغسل دمه ويلف فى خروقه ، ويدفن لكرامة الأدمى .

واستدل أصحاب هذا الرأى بقوله ﷺ : (الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ، ولا يورث حتى يستهل صارخاً).

فقد دل الحديث على عدم الصلاة على من لم يستهل صارخا ، ومن لم تلزم الصلاة عليه لا يلزم تغسيه.

الترجيح:

ما ذهب إليه المالكية والشافعية فى قول: من عدم وجوب تغسيل من أجهض ولم يستهل ولو كان بعد الأربعة الأشهر هو الراجح لأن الحديث الذى استدلوا به نص على المدعى وما استدل به القائلون بوجوب تغسيه والصلاة عليه فهو محمول على من استهل بعد نزوله جمعا بين الأدلة.

(١) مصنف ابن أبي شيبة - جناز - ما قالوا فى السقط ٣/٣١٧، وانظر كنز العمال للهندي

٧٠٩/١٥ رقم ٥٢٨٢١، المغني لابن قدامة ٢/٥٢٢.

(٢) المغني ٢/٥٢٢، المغني والشرح الكبير ٢/٦٠٧.

(٣) بداية المجتهد ١/١٧٥، المهذب ١/١٨٤.

المبحث الثاني

ميراث الجنين المجهض

من المعلوم أن حياة الوارث عند موت مورثه شرط لاستحقاق الوارث في تركة مورثه ، وعلى هذا فإذا نزل الجنين من بطن أمه قبل نفخ الروح فيه بغير اعتداء فإنه لا يرث شيئاً لعدم وجود الحياة فيه التي هي شرط في استحقاقه الميراث ، وإذا نزل من بطن أمه بعد نفخ الروح فيه بجناية أو بغير جناية ، وظهر عليه أمانة من أمارات الحياة كاستهلاله صارخاً ونحو ذلك فإنه يرث في تركة مورثه وإن مات بعد ذلك لتحقق وجود الحياة فيه ، ولقول النبي ﷺ : « إذا استهل المولود ورث »^(١).

ولا خلاف بين الفقهاء على شيء من ذلك^(٢) . وإنما الخلاف في صفة الحياة التي يستحق بها الجنين الإرث ووقتها المعتبر ، وكذا فيما لو أجهض قبل نفخ الروح فيه ، بجناية ، وهو ما نعرض لبيانه من خلال المطالب الثلاثة التالية :

المطلب الأول : صفة الحياة التي يستحق بها الجنين الإرث ووقتها

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : صفة الحياة : يتفق الفقهاء على أن الاستهلال

(١) سنن أبي داود ٣/٨٧ ، ط المطبعة الأنصارية.

(٢) ابن عابدين ٢/٢٢٧ ، مواهب الجليل ٦/٢٥٨ ، بلغة السالك ٢/٣٩٨ ، المهذب ٢/٤٠ ، المغني ٢/٥٢٢ ، ٧/٨١١ .

بالصراخ لحظة سقوط الجنين من بطن أمه من أمارات الحياة ، ودليل على وجودها لقوله ﷺ : « إذا استهل المولود ورث ». كما يتفقون على أن اضطراب جسد الجنين أو الانقباض والانبساط الذى ينتج عن ضغط الجنين لضيق المخرج ، لا يدل على الحياة لأنه يكون من الحى ومن الميت ، ويختلفون فيما عدا ذلك كالحركة والصوت على النحو التالى :

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة فى رواية والظاهرية^(١) : أن كل ما يدل على حياة الجنين كالحركة أو الصوت أو العطس أو الرضاع ونحو ذلك مما لا يصدر إلا عن الأحياء تثبت به حياة الجنين كالاستهلال ولا فرق . لأن العبرة بوجود الحياة وقد وجد ما يدل عليها فثبت حكمها .

ويرى الإمام أحمد فى رواية والزهرى والقاسم بن محمد^(٢) : أنه يأخذ حكم الاستهلال فى إثبات حياة الجنين كل صوت يصدر عن الجنين كالعطس والبكاء لأنه صوت علمت به حياته فأشبهه الصراخ ، ولا يثبت حكم الحياة بغير الصوت كالحركة ، واضطراب الجسد لأنه يكون من الحى ومن الميت .

وقد روى الإمام أحمد أنه قال : يرث السقط ويورث إذا استهل .
فقليل له ما استهلاله ؟ قال : إذا صاح أو عطس أو بكى^(٣) .

(١) ابن عابدين ٢/٢٢٧، المهذب ٢/٤٠، المغني ٢/٥٢٢، ٧/٨١١، المحلى ٩/٣٠٨.

(٢) المغني ٧/٨١١.

(٣) المغني ٧/٨١١.

ويناقش : من وجهين:

الوجه الأول : بأنه يجب التفريق بين الحركة المعتادة كتحريك الأطراف انقباضا وانبساطا ، وثنيا ومدا ونحو ذلك فهذا لا يكون إلا من الأحياء ، وبين اختلاج الجسد واضطرابه من أثر ضغط جسد الجنين عند خروجه من المخرج فالأول يدل على الحياة قطعاً فوجب أن يثبت حكمها به كالاستهلال، والثاني لا يدل عليها فلا تثبت به.

الوجه الثاني : أن تفسير الإمام أحمد للاستهلال بالصياح أو العطس أو البكاء لا غبار عليه وهو لا يدل على أن الحركة لا تدل على الحياة ، والاستدلال به على ذلك خارج عن محل النزاع ، إذ النزاع ليس في معنى الاستهلال ، وإنما في إثبات حكم الحياة للجنين بغير الاستهلال كالحركة ، وليس في كلام الإمام ما يدل على أن حكم الحياة لا يثبت بها.

ويرى المالكية والإمام أحمد في المشهور عنه وهو مروى عن كثير من الصحابة والتابعين^(١): أن حكم الحياة لا يثبت للجنين إلا بالاستهلال بالصراخ فقط.

واستدلوا على ذلك لمفهوم قول النبي ﷺ: « إذا استهل المولود ورث ». فهذا الحديث قد دل بمنطوقه على أن المولود إذا استهل صار خا ثبت له

(١) المغني ٧/ ٨١١ ، بداية المجتهد ٢/ ٣١٢ ، مواهب الجليل ٦/ ٢٥٨ ، شرح الزرقاني على موطأ مالك ٤/ ١٨٣ .

حكم الإرث لثبوت حياته ، ودل بمفهومه أن العطس والحركة ونحو ذلك لا يثبت به حكم الحياة.

ويناقدش : من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أن دلالة المفهوم غير مسلمة بين العلماء بل إن منهم من لم يسلم بحجيتها.

الوجه الثانى : على فرض التسليم بدلالة المفهوم ، فإن من يقولون بحجية دلالة المفهوم يشترطون أن يكون المستدل على حكمه بطريق المفهوم خاليا عن الحكم المنطوق^(١)، والمسكوت عنه هنا وهو الحركة المعتادة أو العطس أو البكاء أو الرضاع وإن عدم فيه النص المنطوق إلا أن العرف الصحيح ثبت حكم الحياة فى الجنين ————— بهذه الأشياء كما تثبت بالاستهلال.

الوجه الثالث : أن بعض المتنازع فيه أقوى فى إثبات حكم الحياة من الاستهلال فالرضاع من الأم أو البكاء أو الحركة المستقرة للأعضاء والتي هى غير الاضطراب والاختلاج أدل على إثبات حكم الحياة للرضيع الباكى أو المتحرك من المستهل بصرخة يعقبها السكون.

الترجيح : ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بأن كل أمانة تدل دلالة قطعية على وجود الحياة فى الجنين كالعطس أو البكاء أو الرضاع أو

(١) يراجع إرشاد الفحول ص ١٥٧.

تحرك أعضاء السقط حركة مستقرة بعلم أنها ليست من أثر ضيق المخرج،
كالاستهلال فى إنبات حكم الحياة هو الراجع.

وذلك لمناقشة حجج المخالفين لهم وبيان ضعف وجه استدلالهم
ويرجع فى كل هذا إلى أهل الخبرة من الأطباء ونحوهم فهم أقدر على
إنبات حكم الحياة للسقط بهذه الأمارات من غيرهم فما اعتبروه منها مثبتا
للحياة فهو من أمارتها ، حيث إن الاستهلال لذاته لم يتعلق به مقصد
شرعى، وإنما شرط فى الإرث لكونه دليلا على الحياة ، وإذا استدل على
الحياة بالاستهلال فالاستدلال عليها بالرضاع ونحوه أقوى

المسألة الثانية : وقت الحياة المعتد بها فى توريث الجنين :

يرى الجنفية والظاهرية^(١): أنه يكتفى بوجود الحياة فى الجنين عند
خروج أكثره من بطن أمه ، فإذا كان نزوله من جهة الرأس فيثبت له حكم
الحياة إذا وجدت حياته حتى خروج صدره كله . وإذا كان نزوله منكوسا
بقدميه فيثبت له حكم الحياة إذا استمر حيا حتى ظهور سرته ، لأنه بذلك
قد تأكد وجود حياته عند خروج أكثره ، والأكثر يأخذ حكم الكل ، فكأنه
خرج بأكمله حياً.

جاء فى حاشية ابن عابدين (فلو خرج رأسه وهو يصيح ثم مات لم
يرث ولم يصل عليه ما لم يخرج أكثر بدنه حيا ، وحد الأكثر من قبل

(١) ابن عابدين ٢/٢٢٧، المحلي ٩/٣٠٨.

الرجل سرتة ، ومن قبل الرأس صدره^(١).

ويرى المالكية والشافعية^(٢) والحنابلة : أن حكم الحياة يثبت له بعد نزوله كله حياً ولا يكفى وجودها عند نزول بعضه أو أكثره.

جاء فى المذهب (فإذا انفصل الحمل واستهل وورث، لما روى سعيد بن المسيب- رحمة الله عليه - عن أبي هريرة - رضى الله عنه - أنه قال : إن من السنة أن لا يرث النفوس ولا يورث حتى يستهل صارخا ، فإن تحرك حركة حى أو عطس وورث ، لأنه عرف حياته فورث كما لو استهل . وإن خرج ميتا لم يرث لأننا لا نعلم أنه كان وارثا عند موت مورثه ، وإن تحرك حركة مذبوح لم يرث لأنه لم يعرف حياته ، وإن خرج بعضه وفيه حياة ، ومات قبل خروج الباقي لم يرث لأنه لا يثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه ، ولهذا لا تنقضى به العدة ، ولا يسقط حق الزوج عن الرجعة قبل انصاف جميعه)^(٣).

ويناقدش : بأن إثبات حياة الجنين عند سقوطه من بطن أمه إنما يراعى ويلحظ لإثبات أن الجنين قد كان حيا عند موت مورثه ليس أكثر ، فإذا ظهر عليه عند خروجه أمانة قوية من أمارات الحياة فلا يمكن نفى حكم الحياة عنه وإن مات عند خروجه كاملا ، ومن ثم وجب إثبات حكم الحياة له متى ظهرت أمانة من أماراتها القوية أثناء خروجه.

(١) ابن عابدين ٢٢٧/٢.

(٢) مواهب الجليل ٢٥٨/٦، المذهب ٤٠/٢، المغني ٨٠٦/١٧ والشرح الكبير ٢٦٨/٧.

(٣) المذهب ٤٠/٢.

الترجيح :

الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية من إثبات حكم الحياة للجنين الذى أجهض بعد نفخ الروح فيه متى ظهر عليه أمارة الحياة عند خروج أكثره من بطن أمه حيث إن الأكثر يأخذ حكم الكل فى الأحكام الشرعية ، والقول بأنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بخروجه كله لا دليل عليه ، وهو يتعارض مع روح الشريعة الإسلامية التى تثبت حكم الحياة للنفس البشرية متى أمكن إثباتها بأدنى أسبابها.

المطلب الثانى : ما يثبت به الاستهلال :

لما كان استهلال الجنين بعد خروجه من بطن أمه له تأثير فى إثبات الأحكام على ما سبق بيانه ، كان من الضرورى بيان ما يثبت به الاستهلال وكذا غيره من أمارات الحياة مع مراعاة ما فيها من خلاف ، وكذا بيان الحكم عند التنازع فى إثباته ، وهو ما نعرض له فى هذا المطلب.

أولا : الشهادة على الاستهلال :

لا خلاف بين الفقهاء على أن الاستهلال يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين^(١) ، وذلك لقوله تعالى : ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^(٢) وإنما

(١) الهداية ٣/١١٧ ، البدائع ٦/٢٧٨ ، المبسوط ١٦/١٤٣ ، بلغة السالك ٢/٣٥٨ ، بداية

المجتهد ٢/٣٤٨ ، مغني المحتاج ٤/٤٤١ ، المغني ٩/١٥٣ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

الخلاف في شهادة الرجل وحده ، أو شهادة النساء مفردات عن الرجال ، وكذا في العدد الكافي منهن عند قبول شهادتهن ، وهو ما نبهته في المسائل التالية:

المسألة الأولى: شهادة الرجل الواحد:

يرى الحنفية والحنابلة^(١): أن شهادة الرجل الواحد على الاستهلال

مقبولة.

واستدلوا على ذلك : بأن الرجل أكمل من المرأة ، وشهادة المرأة الواحدة مقبولة على الاستهلال عندهم، فكذا تقبل شهادة الرجل الواحد من باب أولى. وأما الدليل على قبول شهادة المرأة وحدها فلما روى عن علي - كرم الله وجهه - « أنه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال »^(٢).

جاء في المغني (فإن شهد الرجل بذلك - الاستهلال - فقال أبو الخطاب تقبل شهادته وحده ، لأنه أكمل من المرأة فإذا اكتفى بها وحدها ، فلأن يكتفى به أولى ، ولأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية)^(٣).

(١) البدائع ٦/٢٧٨، المبسوط ١٦/١٤٤، المغني ٩/١٥٩.

(٢) سنن الدارقطني ٤/٢٣٣. ح ١٠٢.

(٣) المغني ٩/١٥٩.

ويرى المالكية والشافعية والظاهرية^(١) : أن شهادة الرجل الواحد على

الاستهلال غير كافية ولا يثبت بها حياة السقط.

واستدلوا على ذلك : بقوله تعالى : ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ

رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ

الشُّهَدَاءِ﴾^(٢).

ووجه الدلالة : أن الشهادة مشروطة بكونها من رجلين ، أو رجل

وامرأتين فلا يكتفى فيها بشهادة الواحد. إلا أنه إذا اجتمع مع شهادة

الرجل الواحد يمين المدعى قبلت الشهادة وكملت باليمين ، وحل اليمين

محل الشاهد الآخر في إثبات الاستهلال.

واستدلوا على ذلك : بما روى عن ابن عباس - رضى الله عنه - أن

رسول الله ﷺ « قضى بيمين وشاهد»^(٣).

ونوقش : بأنه معارض بقوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ

مِّنْكُمْ﴾^(٤).

وقوله تعالى : ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^(٤).

(١) بلغة السالك ٤/٣٥٩، موهب الجليل ٦/١٨١، المهذب ٢/٤٢٦-٤٢٧، المحلى ٩/٣٩٦.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨٢.

(٣) صحيح مسلم - أفضية - اليمين علي المدعي عليه ٢/٥٩.

(٤) من الآية ٢ من سورة الطلاق.

فقد دلت الآيتان على اشتراط كون الشهادة من عدلين أو من رجل وامرأتين وهذا يفيد الحصر ، ويدل على أن الشهادة لا تقبل بدلا عنها اليمين بمفهوم المخالفة للآيتين^(١).

وأجيب: بأنه على فرض اعتبار مفهوم المخالفة للآيتين دليلا على عدم قبول اليمين من المدعى مع شهادة رجل آخر . فإن هذا المفهوم يكون منسوخا بالحديث . لأن من شرط العمل بدلالة المفهوم عند القائلين به عدم معارضته لنص منطوق وقد تعارض هنا مع نص الحديث فتكون الحجة في الحديث المنطوق وليس في دلالة المفهوم^(٢).

ويدفع هذا الجواب : بأن هذا الحديث عارض بقوله ﷺ : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه »^(٣).

فقد دل الحديث على أن اليمين في الدعاوى تقبل من المدعى عليه لا المدعى مما يدل على أن المدعى لا يقبل من جهته إلا البيّنة . وعلى هذا فتبقى حجية مفهوم المخالفة صالحة للاستدلال لعدم سلامة النص المعارض لها . ومع هذا فلا يسلم استدلال المالكية ومن وافقهم بالآية الكريمة على أن الشهادة على الاستهلال لا تصح إلا من رجلين أو رجل وامرأتين أو

(١) سبل السلام ٤/١٤٨٣ .

(٢) سبل السلام ٤/١٤٨٣ .

(٣) صحيح مسلم - أفضية - اليمين على المدعى عليه ٥٩/٢ .

رجل ويمين المدعى لما استدلوا به من الحديث على فرض التسليم به. وذلك لأن هذا إنما يكون فى الحقوق المالية وما يجرى مجراها وكذا ما يطلع عليه الرجال والنساء. أما الاستهلال فهو من الأمور الخاصة التى قد لا يحضرها الرجال ولذا صحت فيه شهادة النساء منفردات عن الرجال.

وما يدل على ضعف القول بعدم قبول شهادة الرجل الواحد على الاستهلال إلا إن كان معها يمين لمدعى قول المالكية وهم من القائلين بذلك إن شهادة المرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال غالبا كالأستهلال مقبولة من غير يمين منهما مع أن شهادتهما تعدل شهادة الواحد.

جاء فى البلغة (ولما لم يظهر للرجال امرأتان كعيب فرج واستهلال ، وحيض ، وولادة ، وثبت النسب ، الإرث له وعليه بلا يمين)^(١).

فإذا كانت شهادة المرأتين وهى تعدل شهادة الرجل الواحد مقبولة عندهم وإن لم يكن معها يمين ، فقد كان من باب أولى قبولهم شهادة الرجل الواحد ولو بغير يمين.

الترجيح :

ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة من قبول شهادة الرجل الواحد على الاستهلال ونحوه مما يدل على حياة الجنين ولو كانت بغير يمين من المدعى هو الراجح لقوة ما استدلوا به ، ولما ناقشته رأى المخالفين لهم وبيان أن ما

(١) بلغة السالك ٣٥٨/٢.

استدلوا به خارج عن محل النزاع لأن النزاع في الشهادة على الاستهلال ، وهذه شهادة خاصة خفف من شروطها كعدم قصرها على الرجال، واشترآهم فيها مع النساء، وانفراد النساء بها مما يدل على أنها لا يشترط فيها ما يشترط في غيرها من الشهادات ولذا فإن بعض الفقهاء يقبلون فيها شهادة المرأة الواحدة على ما سبق ذكره ويأتي بيانه. فقبول شهادة الرجل الواحد عليها أولى.

المسألة الثانية : شهادة النساء منفردات :

يرى جمهور الفقهاء : أن شهادة النساء منفردات عن الرجال على استهلال الجنين مقبولة ، لأنها من الأمور التي يطلع عليها النساء و لا يطلع عليها الرجال غالبا .

واستدلوا على ذلك بما روى عن النبي ﷺ : أنه أجاز شهادة القابلة» (٢).

ويناقدش بأنه حديث ضعيف لم يسلم عند علماء الحديث فلا يصح الاستدلال به (٣).

(١) البدائع ٣٠٢/١، ٢٧٧/٦-٢٧٨، بداية المجتهد ٣٤٨/٢، المهذب ٤٢٧/٢، المغني ١٥٧/٩، المحلي ٣٩٦/٩.

(٢) أخرجه الدارقطني عن خليفة مرفوعا وفي سنده مقال : سنن الدارقطني ٢٣٣/٤ حديث رقم ١٠٠، ١٠١.

(٣) جاء في نصب الرأية . قال في التنقيح : هو حديث باطل لا أصل له ٢٦٤/٣، ٨٠/٤ ط دار المأمون للطباعة سنة ١٣٥٧هـ.

واستدلوا كذلك بما روى عن علي - كرم الله وجهه : « قال أجاز شهادة القابلة في الاستهلال»^(١).

ويناقش : بأن في سنده مقال أيضا فلا يصلح للاستدلال به .
واستدلوا بما روى عن عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - وسعيد بن المسيب والزهرى وغيرهم « مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن»^(٢).

ووجه الدلالة : ظاهر من هذا الأثر وهو مروى عن بعض كبار الصحابة والتابعين في قبول شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال .

واستدلوا من المعقول : بأن أمور الولادة والاستهلال وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال في الغالب ، ولا يشهده إلا النساء فلو لم تقبل فيه شهادتهن لضاعت الحقوق المتعلقة بالمشهود به^(٣).

ويرى الشافعية في قول مرجوح : أن شهادة النساء منفردات على الاستهلال غير مقبولة^(٤).

جاء في المذهب (وتقبل شهادة النساء منفردات على استهلال الولد وأنه بقى متألما إلى أن مات. وقال الربيع - رحمه الله - فيه قول آخر أنه لا

(١) سنن الدارقطني ٤/٢٢٣، حديث رقم ١٠٢.

(٢) في نصب الراية تعليقا علي الخبر : هذا سند ضعيف فيه بإذن الجحفي وابن يحيى فيهما مقال : نصب الراية ٤/٨٠.

(٣) مصنف عبد الرازق كتاب الشهادات - شهادة المرأة في الرضاع والنفاس ٨/٢٢٣ ط المجلس العلمى ، توزيع المكتب الإسلامى . ط الثانية ١٩٨٣ .

(٤) المغني ٩/١٥٧ .

يقبل إلا شهادة رجلين والصحيح الأول، لأن الغالب أنه لا يحضرها الرجال^(١).

وظاهر من نص الشيرازي أن هذا القول مرجوح في المذهب ولا دليل عليه ، ولذا يكون القول بقبول شهادة النساء منفردات في الاستهلال يكاد يكون أمراً مجمعاً عليه من الفقهاء.

المسألة الثالثة : العدد الكافي منهن والحقوق التي تثبت بشهادتهن:

إذا كانت القاعدة الأساس عند الفقهاء هي قبول شهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال في العادة كالولادة، والاستهلال ، وعيوب النساء التي تحت الثياب ونحوها فإنهم مع ذلك يختلفون في العدد الكافي منهن، وفيما يثبت من حقوق بشهادتهن على النحو التالي:

يرى الإمام أبو حنيفة : أن شهادة النساء على الاستهلال تقبل في حق تغسيله والصلاة عليه ولو كانت واحدة ، لأنه من أمور الديانة وخير النساء في أمور الديانة مقبول ولو كان من واحدة. أما في غير الصلاة عليه كالإرث فلا تقبل شهادتهن إلا إذا كان معهن رجل.

جاء في البدائع (ولو شهدت القابلة أو الأم على الاستهلال تقبل في حق الغسل، والصلاة عليه . لأن خبر الواحد في باب الديانات مقبول إذا كان عدلاً وأما في حق الميراث فلا يقبل قول الأم بالإجماع لكونها متهمة.

(١) البدائع ١/٣٠٢، المبسوط ١٦/١٤٣، ١٤٤.

يحرّمها المغنم إلى نفسها ، وكذا شهادة القابلة عند أبي حنيفة ، وقال لا تقبل إذا كانت عدلة^(١).

ويرى محمد بن الحسن وأبو يوسف والحنابلة^(٢) : أنه يكفي شهادة المرأة الواحدة على الاستهلال ويثبت بها سائر الحقوق كتغسيله ، والصلاة عليه والإرث له ومنه وغير ذلك .

واستدلوا على ذلك بما روى عن علي - كرم الله وجهه : أنه أجاز شهادة القابلة في الاستهلال^(٣).

ويمكن أن يناقش الأثر المروي عن علي - كرم الله وجهه - من وجهين :

الأول : أنه أثر ضعيف لا تقوم به حجة كما ذكر علماء الحديث^(٤).

الثاني : أنه على فرض صحته فلا دلالة فيه على إثبات سائر الحقوق بشهادة القابلة بل يمكن حمله على أمور الديانة كالصلاة عليه .

واستدلوا من المعقول : بأن استهلال الصبي يكون عند الولادة وتلك الحالة لا يطلع عليها الرجال ، وفي صوته من الضعف عند ذلك ما لا يسمعه إلا من شهد تلك الحالة وشهادة النساء فيها لا يطلع عليه الرجال

(١) البدائع ٣٠٢/١ .

(٢) البدائع ٣٠٢/١ ، المبسوط ١٦/١٤٣ ، المغني ٩/١٥٨ .

(٣) سبق تخريبه .

(٤) يراجع نصب الراية ٤/٨٠ .

كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه ، ولهذا يصلى عليه بشهادة النساء
فكذلك يرث بشهادتهن.

**واستدلوا من المعقول ثانيا : بالقياس على قبول شهادة المرأة الواحدة
فى الرضاع بجامع أن كلا منهما مما لا يطلع عليه الرجال فى العادة.**

أما الدليل على قبول شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع فما روى عن
عقبه بن الحارث قال: « تزوجت أم يحيى بنت إهاب فأتيت النبى ﷺ فقلت
تزوجت فلانه بنت فلان فجائتنا امرأة سوداء فقالت إنى قد أرضعتكما
وهى كاذبة ، فأعرض فأتيته من قبل وجهه. قلت : إنها كاذبة ! قال : كيف
وقد زعمت أنها قد أرضعتكما دعها عنك»^(٢).

**ووجه الدلالة : ظاهر حيث قبل النبى ﷺ شهادة المرأة المنفردة فى
الرضاع والاستهلال مثل الرضاع بجامع أن الرجال لا يطلعون عليه فى
العادة ، . بل عدم اطلاعهم على الاستهلال أكثر لأنه يكون عقب الولادة
مباشرة ولا يحضرها الرجال فهو أحق بالثبوت بالشهادة من الرضاع.**

جاء فى المغنى (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال، مثل الرضاع
والولادة ، والحيض والعدة ، وما أشبهها شهادة امرأة عدل..

قال القاضى : والذى تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء:

(١) يراجع المبسوط ١٦/١٤٣.

(٢) صحيح البخارى - النكاح - شهادة المرضعة ٣/٢٤٤.

الولادة ، والاستهلال ، والرضاع والعيوب التى تحت الثياب ، كالرتق ،
والقرن ، والثآبة ، البرص ، وانقضاء العدة ...)(١).

ويرى المالكية والحنابلة فى رواية ، الثورى ، والحكم وابن أبى ليلى ،
وابن شبرمة : (٢) أن الاستهلال لا تقبل فيه إلا شهادة امرأتان واستدلوا على
ذلك ، بأن كل جنس يثبت به الحق يشترط فيه اثنان من الرجال ، الرجال
أكمل منهن عقلا فلا يقبل من النساء أقل من اثنتين .

جاء فى المغنى (وعن أحمد رواية أخرى : لا تقبل فيه إلا امرأتان ،
لأن كل جنس يثبت به الحق كفى فيه اثنان كالرجال ، ولأن الرجال أكمل
منهن عقلا ، ولا يقبل منهم إلا اثنان)(٣).

ويناقش :

من ثلاثة أوجه :

الأول : أنه من غير المسلم أن كل جنس يثبت به الحق يشترط فيه اثنان
من الرجال : بل إن من الشهادات ما لا يكتفى فيه بشهادة رجلين وهو
إثبات حد الزنا خاصة فلا يكتفى فيه بأقل من أربعة من الرجال العدول .

الثانى : أنه من غير المسلم أنه يشترط شهادة رجلين على الاستهلال

(١) المغنى ٩/١٥٩ .

(٢) المغنى ٩/١٥٨ .

(٣) المغنى ٩/١٥٨ .

بل يثبت بشهادة رجل واحد حتى عند الخابلة أنفسهم على ما سبق بيانه.

الثالث : لو كان الأمر كذلك لوجب ألا تقبل شهادة نساء على الاستهلال إلا إن كانت من أربعة منهن لأن شهادة اثنتين منهن تعدل شهادة رجل واحد.

ويرى الظاهرية^(١) : أن الاستهلال وكذا كل أمر تقبل فيه شهادة النساء منفردات يشترط أن يكون عددهن أربع أو اثنتين ويمين المدعى.

جاء في المحلى (ولا يجوز أن يقبل في الزنا أقل من أربعة رجال عدول مسلمين أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدل فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين أو رجلين وأربع نسوة فقط، ولا يقبل في سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء وما فيه القصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال إلا رجلان مسلمان عدلان أو رجل وامرأتان كذلك مع يممين الطالب، ويقبل في الرضاع واحدة عدل أو رجل واحد عدل..)^(٢) وظاهر من النص أن شهادة امرأتين تحل محل شهادة الرجل الواحد في سائر الحقوق حتى الحدود والقصاص وأن يممين المدعى تكمل البيعة عند الظاهرية ، ولا يعدل عن هذه القاعدة إلا في الرضاع خاصة فشهادة المرأة تعدل شهادة الرجل عليه ، وأن شهادة الواحد أو الواحدة عليه مقبولة.

ويناقش : ما ذهب إليه الظاهرية من ثلاثة أوجه:

(١) المحلى ٣٩٥/٩

(٢) المحلى ٣٩٥/٩

الأول : أن هذا مبنى على قاعدة الظاهرية المعروفة أن شهادة النساء مقبولة في إثبات سائر الحقوق وهي قاعدة فاسدة لم يسلم بها جمهور الفقهاء لتزاحم النصوص الدالة على أن الحدود والقصاص لا مدخل لشهادة النساء فيها وأنها مقصورة على الرجال.

الثاني : أن الظاهرية يجعلون يمين المدعى مكملة لشهادة النساء في إثبات الاستهلال وقد سبق مناقشة ذلك وبيان أن اليمين تقبل في الدعاوى من جهة المدعى عليه لا المدعى ولا يقبل من المدعى غير البينة.

الثالث : أن الظاهرية يقبلون شهادة المرأة الواحدة على الرضاع خاصة، وقد سبق القول بأن الاستهلال كالرضاع بجمع عدم شهود الرجال في كل ، فكان ينبغي أن يكون الحكم عندهم قبول شهادة المرأة الواحدة على الاستهلال أيضا.

ويرى عثمان البتي: (١) أنه يشترط لقبول شهادة النساء على الاستهلال وثبوت سائر الحقوق المترتبة على ثبوته أن يكون من ثلاث نسوة . لأن كل موضع قبل فيه شهادة النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل.

ويناقد : بأن هذا رأى لا دليل عليه ولا وجه له . لأنه ليس في الحقوق ما يشترط فيه كون الشهود ثلاثة ، والحقوق التي تثبت بشهادة

(١) المغني ٩/١٥٨.

الثلاث ليس لكون الحق متوقف على العدد لذاته ، ولكن لكون شهادة اثنتين من النساء تعدل شهادة رجل واحد، ولذا فإن الحق يثبت بشهادة رجلين من غير خلاف، ولو كان ما قال صحيحا لوجب أن يكون العدد أربع وليس بثلاث لأنها شهادة خلت عن الرجال، وهي تثبت بشهادة رجلين وشهادة كل رجل تعدل شهادة اثنتين منهن.

ويرى الشافعية وعطاء والشعبي وقتادة وأبو ثور^(١) : أن الاستهلال

يثبت بشهادة أربع نسوة لأنها شهادة تثبت برجلين ، وشهادة الرجل تعدل شهادة اثنتين منهن.

جاء في المهذب (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة ، والرضاع ، والعيوب التي تحت الثياب شهادة النساء منفردات ، لأن الرجال لا يطلعون عليها في العادة، فلو لم تقبل فيها شهادة النساء منفردات بطلت عند التجاحد، ولا يثبت شيء من ذلك إلا بعدد لأنها شهادة فاعتبر فيها العدد، ولا يقبل أقل من أربع نسوة ، لأن أقل الشهادات رجلان وشهادة امرأتين بشهادة رجل والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ رَجُلٌ فَأَقَامَ الْمَرْأَتَانِ مَقَامَ الرَّجُلِ ﴾^(٢).

ويناقش : بأنه لا خلاف في أن شهادة اثنتين من النساء تعدل شهادة رجل واحد، وإنما الخلاف في العدول عن شرط الذكورة ، وفي العدد

(١) المهذب ٢/٤٢٦، المغني ٩/١٥٨.

(٢) المهذب ٢/٤٢٦-٤٢٧.

الكافي من النساء فى إثبات الاستهلال ونحوه من الحقوق، وقد اتفق الفقهاء على العدول عن اشتراط الذكورة وكذا العدول عن العدد فى الرضاع لثبوت دليله . وما يثبت للرضاع ينبغى أن يثبت للاستهلال بجماع أن كلا منهما مما لا يشهده الرجال فى العادة.

الترجيح :

ما ذهب إليه محمد بن الحسن وأبو يوسف والحنابلة من القول بقبول شهادة المرأة الواحدة على الاستهلال وثبوت سائر الحقوق المترتبة على إثباته هو الراجح . لأنه وإن لم يسلم دليلهم من الأثر إلا أن ما استدلوا به من المعقول وخصوص قياس الاستهلال على الرضاع الذى ثبت دليله من السنة ، وبيان أن الاستهلال أحق ثبوتاً بشهادة الواحدة من الرضاع لقوة العلة فيه ، وهى عدم شهود الرجال له ، وهى نفس العلة التى من أجلها قبلت شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع . يجعل من رأيهم رأياً قوياً لا يناهضه رأى آخر لا سيما وقد نوقش أصحاب الآراء الأخرى وتبين أن ما ذهبوا إليه وكذا ما استدلوا به ليس بالقوى فى الدلالة على المدعى .

المسألة الرابعة: التنازع حول خروج الجنين حياً:

إذا اختلف الجانى مع ولى الجنين، فقال الجانى نزل الجنين ميتاً ، وقال ولى الجنين بل مستهلاً ولم تقم البينة على استهلاله أو عدمه فإن القول قول الجانى ، لأن الأصل لنزول الولد غير مستهمل فمدعى عدم الاستهلال

لا يحتاج إلى إثبات عدم الاستهلال لأنه الأصل، أما مدعى الاستهلال فيحتاج إلى إثباته لأنه خلاف الأصل. الأصل براءة الذمة فلا تشغل ذمة الجاني إلا البينة، وهذا ما نص عليه الفقهاء^(١).

ففى المذهب (وإن اختلفا فقالت المرأة استهل ثم مات ، وأنكر الضارب فالقول قوله ، لأن الأصل عدم الاستهلال، إن ألتت جينا حيا ومات ثم اختلفا فقال الضارب كان أنثى وقالت المرأة كان ذكرا فالقول قول الضارب ، لأن الأصل براءة الذمة مما زاد على دية الأنثى..)^(٢).

وهو ما نص عليه فقهاء الحنابلة أيضا إلا أنهم يشترطون أن يحلف الجاني مع إنكاره.

جاء فى المغنى (... وإن ثبت اسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حيا وأنكرها فالقول قوله مع يمينه إلا أن تقوم لها بينه باستهلاله ، لأن الأصل عدم ذلك...)^(٣).

المطلب الثالث: إرث الجنين إذا نزل ميتا بعد نفخ الروح فيه بجناية؛

تبين من خلال ما سبق أن الفقهاء لا يختلفون حول عدم استحقاق الجنين إرثا إن نزل قبل نفخ الروح فيه ، وكذا إن كان يعد نفخ الروح فيه إذا نزل ميتا من بطن أمه بغير جناية حيث افتقد شرط الإرث وهو تحقق

(١) تراجع البحر الرائق ٨ / ٣٩١، المذهب ٢ / ٢٧٨، المغنى ٧ / ٨١٢.

(٢) المذهب ٢ / ٢٧٨.

(٣) المغنى ٧ / ٨١٢.

حياة الوارث عند موت مورثه ، كما لا يختلفون حول استحقاقه الإرث إن نزل من بطن أمه حيا بعد نفخ الروح فيه سواء أكان نزوله إثر جنابة أم بغير جنابة أصلا لثبوت حياته عند موت مورثه ، أما إن كان نزوله بعد نفخ الروح فيه ميتا إثر اعتداء وقع على الأم منها أو من غيرها فقد اختلفت كلمة الفقهاء حول استحقاقه الإرث على النحو التالي :

يرى فقهاء الحنفية^(١) : إن الجنين إن نزل من بطن أمه بعد نفخ الروح

فيه ميتا إثر جنابة وقعت على الأم فإنه يرث من تركته مورثه.

وعللوا ذلك : بأن الشارع اعتبر الجنين في بطن أمه حيا ولذا أوجب

على مجهضه الغرة، ولولا اعتباره حيا ما أوجبها على الجاني.

ففي حاشية ابن عابدين (وإذا استبان بعض خلقه غسل وأدرج في

خرقة ودفن ولم يصل عليه ، وكذا لا يرث إن انفصل بنفسه، أما إذا فصل

كما إذا ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا ، فإنه يرث ويورث لأن الشارع لما

أوجب الغرة على الضارب فقد حكم بحياته)^(٢).

ويرى المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية^(٣) : أن إجهاض الجنين

بجنابة لا يختلف عن سقوطه بغير جنابة فيما يتعلق بالإرث فالعبرة بنزوله

حيا أو ميتا ، فمتى خرج من بطن أمه حيا ورث ومتى خرج ميتا لم يرث.

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٢٢٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢/٢٢٨.

(٣) مواهب الجليل ٦/٢٥٨، المهذب ٢/٤٠، المغني ٢/٥٢٢، المحلي ١١/٣٣.

واستدل على ذلك : بمفهوم قوله ﷺ : « إذا استهل المولود ورث^(١) »
فإن مفهوم الحديث يدل على أنه إذا لم يستهل لم يرث ولم يفرق بين
المجهض بجناية أو بغير جناية.

كما استدلوا : بما روى سعيد بن المسيب عن جابر بن عبد الله والمسور
بن مخرمة « قضى رسول الله ﷺ لا يرث الصبي حتى يستهل^(٢) ».

فإن الحديث نص في أن الجنين لا يستحق إرثاً ما لم يستهل.

ويناقش : ما استدل به الجمهور من وجهين :

الأول : أن الاستدلال من الحديث الأول بدلالة المفهوم غير مسلمة
لأن دلالة المفهوم محل خلاف بين العلماء.

الثاني : أن هذين الحديثين يمكن حملهما على المولود بغير جناية ولا
تعرض فيهما للجنين المجهض إثر جناية ودلالة ذلك استخدام لفظ المولود
في الحديث الأول والصبي في الحديث الثاني.

الترجيح :

الراجح هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية من التفريق بين نزول الجنين
ميتاً بغير جناية وبين نزوله ميتاً إثر عدوان وقع على الأم ، وإثبات حق
الإرث له متى كان نزوله إثر اعتداء خلافاً للأول.

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) سنن ابن ماجه حديث رقم ٢٧٥١ ط عيسى الحلبي.

لما فى ذلك من موافقة لقواعد الشرع الحنيف التى توجب درء المفساد،
والمعاملة بنقيض القصد لا سيما وإن كانت الجناية على الحمل مقصود بها
حرمانه من الميراث كما لو جنى عليه بعض الورثة ، ثم إن هذا جنين حى
لولا الاعتداء عليه لبقى فهو بخلاف من مات من تلقاء نفسه.

المطلب الرابع: التوارث بين الجنين والأم؛

قد تموت الأم إثر إجهاض الجنين الذى ثبت له حكم الميراث
باستهلاله. ثم مات أو قبله أو معه كما لو كان الإجهاض إثر جنابة وقعت
على الأم ترتب عليها إجهاض الجنين وموت الأم. وفى هذه الحالة لا يخلو
إما أن تلقى الأم جنينها حيا ثم يموت ثم تموت هى بعد ذلك وإما أن
تموت هى أولا ثم الجنين كما لو ألقته حيا ثم ماتت هى ثم مات الجنين بعد
ذلك. وإما أن يموتا معا فى آن واحد. وفى هذه الصور جميعا من مات
أولا ورثه الآخر ثم يقسم ما ورثه على ورثته بعد موته. فإذا مات الجنين
أولا ثم ماتت الأم بعده كما فى الصورة الأولى ، ورثت الأم من تركته
نصيب الأم من الولد على ما هو معروف فى علم الميراث بما فى ذلك الغرة
الواجبة باجهاضه ، ثم يقسم ما ورثته على ورثتها بعد موتها، وإذا ماتت
الأم أولا كما فى الصورة الثانية ورث الجنين من تركه أمه ما يرث الولد
من لوالدة ثم يقسم ما ورثه بعد موته على ورثته هو. وإذا ماتا معا فى آن
واحد أولم يعرف أيهم أسبق موتا من الآخر فإن حكمهم كحكم الغرقى
والحرقى ونحوهم ممن يحكم بموتهم فى آن واحد، وعلى ذلك فلا يرث

واحد منهما صاحبه وتقسيم التركة على غيرهما من الورثة ، لأنه لم يتحقق شرط الإرث وهو تحقق حياة الوارث عند موت مورثه.

قال ابن قدامه (وإن خرج حيا ثم مات قبلها ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من دينه ثم يرثها ورثتها ، وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتا لم يرث أحدهما صاحبه ، وإن خرج حيا ثم مات قبله ثم مات ، أو ماتت ثم خرج حيا ثم مات ورثتها ثم يرثه ورثته وإن اختلف وراثتهما في أولها موتا فحكمها حكم الغرقى) (١)

(١) المغني ٧/٨٠٥.

المبحث الثالث

أثر الإجهاض في الطهارة والعدة والطلاق

لا خلاف بين الفقهاء على أن الإجهاض إذا كان بعد تمام خلق الجنين ترتب عليه سائر الأحكام التي تترتب على الولادة من حيث الطهارة، وانتهاء العدة، ووقوع الطلاق المعلق على الولادة وغير ذلك من الأحكام لأن الرحم تبرأ بذلك فكان كالولادة^(١). وإنما الخلاف فيما يترتب على إجهاض الجنين قبل تمام خلقه وهو ما نعرض له في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: اعتبار المرأة نفساء بإلقاء الجنين قبل تخلقه؛

لا خلاف بين الفقهاء أن المرأة إن ألقَت الجنين في مرحلة المضغة وقد ظهر فيه شيء من خلق الأدمى، أو شهد القوابل بذلك اعتبرت نفساء بذلك، ويلزمها ما يلزم النفساء من الطهارة ونحوها، وكما أنه لا خلاف بينهم أن إلقاء الجنين قبل مرحلة المضغة لا يترتب عليه هذا الحكم ولا تعتبر نفساء كما لو ألقته في مرحلة النطفة أو العلقة ويأخذ حكم الدم لا الولد^(٢). وإنما الخلاف بين الفقهاء فيما لو ألقته في مرحلة المضغة قبل تخلقه.

فيري المالكية في المعتمد عندهم والشافعية والحنابلة^(١) في وجهه : أن

(١) البدائع ٣/١٩٦، حاشية الدسوقي ١/١١٧، ط المكتبة التجارية، حاشية الشرواني علي التحفة ٦/٨ ط بولاق، نهاية المحتاج ١/١٢٨، المغني ١/٣٤٩، ٧/٤٧٠.

(٢) المرجع السابق .

المرأة إذا أَلقت جنينا اعتبرت بذلك نفساء ولزمها ما يلزم النفساء من التطهر ولو كان الجنين مضغاً غير مخلقة . حيث يسمى في هذه المرحلة جنينا فكان نزوله مجهضاً كالولادة.

ويرى الحنفية والحنابلة في وجهه^(١) : أن المرأة إذا أَلقت جنينا لم يظهر فيه شيء من خلق الأدمى لا تصير نفساء بذلك. والدم النازل مع هذا الجنين إن وافق عاداتها في الحيض فهو دم حيض وإن لم يوافق أيام حيضها قدم استحاضة لا يمنع صحة الصلاة والعبادة وتطهر منه بالوضوء ولا يلزم الغسل.

الترجيح :

ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم من أن إلقاء الجنين ولو قبل تخلقه حيث تبين كونه جنينا يترتب عليه كون الأم نفساء بإلقائه ، ويلزمها من الأحكام ما يلزم النفساء كامتناع الصلاة والصيام ، والتطهر بعد انقضاء النفاس وانقطاع الدم حيث يسمى ما أَلقته المرأة في هذه الحالة جنينا وإن لم يكن قد تلحق.

(١) حاشية الدسوقي ١/١١٧ ، حاشية الشرواني علي التحفة ٦/٨ ، نهاية المحتاج ١/١٢٨ ، المغني ١/٣٤٩ .

(٢) تبين الحقائق للزليعي ١/٦٧ ، ط دار المعرفة ، بيروت ، حاشية ابن عابدين ١/٣٠٣ ، المغني ١/٣٤٩ .

المطلب الثاني: انقضاء العدة ووقوع الطلاق المعلق على الولادة بإلقاء الجنين:

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة^(١): أن إلقاء الجنين قبل المضغة المخلفة لا تنقضي بإلقائه العدة، ولا يقع الطلاق المعلق على الولادة بإلقائه كما لو أُلقت المرأة نطفة أو علقة أو مضغة غير مخلقة، أما إذا كانت المضغة قد تخلقت بها صورة آدمي خفية وشهد القوابل الثقات أنها مبتدأ خلق وهي لو بقيت لتصورت.

فإن الحنفية والحنابلة يرون: انقضاء العدة ووقوع الطلاق المعلق على الولادة بإلقائها حيث يعلم يقينا براءة الرحم بإلقائها.

بينما يرى الشافعية: عدم وقوع الطلاق المعلق على الولادة بإلقائها لأنه لا يسمى ولادة وإن انقضت العدة بإلقائها لأن العدة لا تتوقف على الولادة وإنما على براءة الرحم ففارقت الطلاق^(٢).

ويرى المالكية والحسن^(٣): أن العدة تنقضي بانفصال جميع الحمل عن أمه ولو كان علقة أو مضغة لم تتصور بعد.

وهذا هو الراجح حيث إن العدة يقصد بها استبراء الرحم فإذا أُلقي ما فيه من حمل فقد تم استبراءه فلا حاجة لبقاء العدة بعد التأكد من براءة الرحم.

(١) البدائع ١٩٦/٣، حاشية الشرواني علي التحفة ٦/٨، نهاية المحتاج ١٢٨/١، حاشية

القليوبى علي المنهاج ٤٤/٤، المغني ٤٧٥/٧، ٤٧٦.

(٢) نهاية المحتاج ١٢٨/١، حاشية الشرواني ٦/٨، حاشية القليوبى علي المنهاج ٤٤/٤.

(٣) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٤٧٤/٢، المغني ٤٧٦/٧.

الفصل الثالث العقوبات المختلف فيها

وفيه ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: التكيف الشرعي للجناية على الجنين
- المبحث الثاني: القصاص أو الدية الكاملة.
- المبحث الثالث: الكفارة

المبحث الأول

التكليف الشرعي للجناية على الجنين

للقتل أنواع يتفق الفقهاء على نوعين منها هما القتل العمد والخطأ لورودهما في القرآن الكريم.

فالعمد ثبت بآيات منها قوله تعالى: (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَوَعَدَ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا) (١). والخطأ دل عليه قوله تعالى: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا) (٢).

أما ما عدا العمد والخطأ فلم يرد له ذكر في كتاب الله — عز وجل — ولذا قصر بعض الفقهاء أنواع القتل عليهما وهو مشهور مذهب المالكية وبه قال الظاهرية والزيدية (٣).

بينما زاد غيرهم أنواعاً أخرى للقتل ثم يختلفون في عددهم. فيرى الشافعية ورواية عن الإمام مالك: أن للقتل نوعاً ثالثاً هو: القتل شبه العمد (٤).

(١) من الآية ٩٣ من سورة النساء.

(٢) من الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٣) الدسوقي والشرح الكبير ٢٤٢/٤، بداية المجتهد ٢٩٧/٢، المحلى ٧٤٣/١٠، البحر الزخار ٢١٥/٦.

(٤) السبائع ٢٣٣/٧، شرح فتح القدير ٢٤٤/٨، وما بعدها، بداية المجتهد ٢٩٧/٢، حاشية البجيرمي ١٠١/٤، الأم ٥/٦، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ١٠٩/٣، المغنى ٦٣٦/٧.

فهو وإن لم يرد في كتاب الله - عز وجل - فقد ورد في المصدر الثاني للتشريع - السنة النبوية المطهرة - وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم "قتيل الخطأ شبه العمد، قتيل السوط والعصا، مائة من الإبل أربعون منها خلفه في بطونها أولادها"^(١).

ويرى بعض فقهاء الحنفية^(٢): أن للقتل خمسة أنواع الثلاثة السابقة - وهي العمد والخطأ وشبه العمد ثم ما أجرى مجرى الخطأ. وهو القتل المشتمل على عذر شرعي مقبول كانقلاب نائم على آخر فيقتله. والقتل بالتسبب: وهو القتل الحادث بواسطة كمن حفر حفرة أو بئراً في غير ملكه، أو في طريق عام فوقع فيها إنسان فمات، ومنه شهود القصاص إذا رجعوا عن شهادتهم بعد قتل المشهود عليه بشهادتهم، فقد قتلوه تسبياً.

والفقهاء يختلفون في توصيف الجناية على الجنين بالإجهاض وإلحاق قتله بأي نوع من الأنواع السابقة فيرى الحنفية والشافعية في الراجح عندهم والحنابلة^(٣):

أن الجناية المؤدية لإجهاض الجنين قد تكون شبه عمد وقد تكون خطأ.

(١) سنن ابن ماجه - ديات - دية شبه العمد ٨٧٧/٢ حديث رقم ٢٦٢٧ ط دار إحياء التراث العربي، سنن النسائي - قسامه - كم دية شبه العمد ٣٦/٨ - ٣٨ ط مصطفى الحلبي، سنن أبي داود - الديات - الخطأ شبه العمد ٥٣٨/٢.

(٢) شرح فتح القدير ٢٥٢/٨، شرح العناية على الهداية ٢٥٢/٨.

(٣) البحر الرائق ٣٩٠/٦، تبيين الحقائق ١٤٠/٦، المهذب ٢٥٤/٢، نهاية المحتاج ٣٦٣/٨،

المغنى ٨١٢/٧.

فهى شبه عمد إذا تعدد الجانى الفعل، وخطأ إذا لم يتعمده — ولا تعتبر عمداً يوجب القصاص فى حالة تعدد الفعل، لأن العمد المحض يتوقف على قصد قتل الجنين، وهذا يتوقف على العلم بوجود الجنين والوقوف على حياته وهذا بعيد.

واستدلوا على أن الجناية على الجنين لا تكون من العمد الموجب للقصاص بما روى عن جابر بن عبد الله — رضى الله عنهما — أن النبى صلى الله عليه وسلم: "قضى فى الجنين بغرة على عاقلة الضارب".

ووجه الدلالة: أن جعل الغرة على العاقلة دليل على أن الجناية على الجنين لا تكون عمداً لأن العاقلة لا تحمل دية العمد وإنما هى مال الجانى.

ويناقش: بأنه لا دلالة فى المروى عن جابر على عدم اعتبار الجناية الواقعة على الجنين مندرجة تحت القتل العمد لاحتمال أن هذه الجناية لم تكن بطريق العمد بل الخطأ أو شبه العمد. وهذا لا يمنع من إمكان اعتبار الجناية على الجنين من العمد وكون الغرة فى مال الجانى وليس فى مال العاقلة إذا توافرت شروط الجناية العمدية فى حالة اعتداء أخرى.

ويرى المالكية والشافعية فى المرجوح والظاهرية^(١): أن الجناية على الجنين قد تكون عمدية وقد تكون خطأ. فهى عمدية إذا تعدد الجانى الفعل، وهى خطأ إذا لم يتعمده.

(١) مواهب الجليل ٢٥٨/٦، بداية المجتهد ٣١٢/٢، نهاية المحتاج ٣٦٣/٨، المحلى ٣١/١١.

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفريقين في اعتبار الجناية على الجنين من العمد، وعدم اعتبارها منه في حالة انفصال الجنين حيًا ثم موته بعد ذلك بسبب الجناية حيث يعاقب عند بعض القائلين باعتباره من العمد بالقصاص على ما يأتي بيانه.

أما إذا انفصل الجنين عن أمه ميتًا فلا قصاص وإن كان الجاني قد تعمد الفعل، لعدم القطع بحياة الجنين عند الاعتداء فالواجب الغرة في العمد وغيره غير أن من يعتبر الجناية من العمد يجعل الغرة في مال الجاني، ومن يعتبرها شبه عمد أو خطأ يجعلها في مال العاقلة.

الترجيح:

اختلاف الفقهاء في اعتبار الجناية الواقعة على الجنين العمد أو الخطأ يرجع إلى اختلافهم في أنواع القتل وما يشترط في كل نوع، وما يكون به كوسيلة القتل العمد وحصوله بالمباشرة أو بواسطة... إلخ. وإثبات شبه العمد أو إنكاره مما لا يقصد بالبحث هنا. ^(١) وما ذهب إليه المالكية والظاهرية ومن وافقهم من الشافعية في اعتبار الجناية على الجنين من العمد إذا توافرت شروط الجناية العمدية هو الراجح لأن الجاني تعمد إزهاق روح آدمي حي. فإن لم يتعمدها فهي خطأ.

(١) راجع: عصمة الدم والمال في الفقه الإسلامي د/ عباس شومان ص ٢٩٩ - نشر دار

البيان.

المبحث الثاني

القصاص أو الدية الكاملة

إذا تعمد الجانى قتل الجنين فى بطن أمه بأن ضرب بطنها أو ظهرها قاصداً قتله فانفصل الجنين عن بطن أمه حياً ثم مات من أثر الاعتداء. فيرى الحنفية وجمهور المالكية والشافعية فى الراجح والحنابلة^(١): أن هذا القتل للجنين يوجب الدية الكاملة التى تجب فى القتل بصفة عامة وهى صفة الدية المقررة فى القتل شبه العمد عند بقية أصحاب هذا الرأى، وعلى هذا فهى حالة فى مال الجانى عند السكينة، ومؤجلة على العاقلة عند غيرهم. ويراعى فى هذه الحالة نوع الجنين فإن كان ذكراً فديته دية الرجال، وإن كان أنثى فديته دية النساء — على النصف من دية الرجال.

كما يشترط الحنابلة لوجوب الدية الكاملة هنا أن يكون الجنين قد بلغ من العمر ستة أشهر فى بطن أمه فإن كان عمره أقل من ذلك لا تجب فيه الدية لأنه لا يتصور بقاؤه حياً قبل ستة أشهر وعلى ذلك تجب فيه الغرة فقط. ولا يشترط بقية أصحاب هذا الرأى هذا الشرط.

ويرى ابن القاسم من المالكية^(٢): أن القاتل فى هذه الحالة يعاقب بالقصاص طالما انفصل الجنين عن أمه حياً ما لم يعفو أولياء الجنين عنه.

(١) تبين الحقائق ١٤٠/٦، البحر الرائق ٣٨٩/٦، شرح الزرقانى ١٨٣/٤، مواهب

الجليل ٢٥٨/٦، المهذب ٢٥٤/٢، المغنى ٨١١/٧، ٨١٢.

(٢) مواهب الجليل ٢٥٨/٦، بلغة السالك ٣٩٨/٢.

جاء فى مواهب الجليل (ولو كان الضرب عمدًا على بطنها فقال ابن القاسم يجب فيه القود بقسامة، وهذا إن تعمد ضرب البطن أو الظهر، أو موضعًا يرى أنه أصيب به، أما لو ضرب رأسها أو يدها، أو رجلها ففيه الدية) (١).

ويرى الظاهرية: أن الجانى متى تعمد الاعتداء على الجنين فإنه يعاقب بالقصاص ولو انفصل الجنين عن بطن أمه ميتًا ولا يشترط انفصاله حيًا ثم موته بعد ذلك طالما أن الاعتداء وقع بعد نفخ الروح فيه.

ففى المحلى (إن كان لم ينفخ فيه الروح فالغرة عليها — أى على الأم إن كانت هى التى قد أجهضت الجنين — فإن كانت لم تعمد قتله فالغرة أيضا على عاقلتها، والكفارة عليها، وإن كانت عمدت قتله فالقود عليه أو المفاداة فى مالها، فإن ماتت هى فى كل ذلك قبل إلقاء الجنين ثم ألقته فالغرة واجبة فى كل ذلك فى الخطأ على عاقلة الجانى هى كانت أو غيرها، وكذلك فى العمد قبل أن ينفخ فيه الروح، وإما إن كان قد نفخ فيه الروح فالقود على الجانى إن كان غيرها، وأما إن كانت هى فلا قود ولا غرة ولا شىء لأنه لا حكم على ميت وماله قد صار لغيره...) (٢).

الترجيح:

ما ذهب إليه الظاهرية — من أن الجنين متى كان الاعتداء عليه وائتعا بعد نفخ الروح فيه، وقد قصد المعتدى قتل الجنين بهذا الاعتداء، ومات

(١) المحلى ٣١/١١.

(٢) المحلى ٣١/١١.

الجنين بسبب هذا الاعتداء بعد انفصاله عن أمه أو قبل ذلك فإن الجاني يلزمه القصاص ما لم يعفو عنه من له حق العفو من الأولياء — هو الرجح حيث إن الجاني قد قصد قتل آدمى حتى حرم قتله وقد أوجب الشرح الحكيم القصاص في قتل النفس — مطلق النفس المعصومة — عمداً بأدلة كثيرة منها قوله تعالى: (كتب عليكم القصاص في القتلى) وقوله تعالى: (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لوكِيهِ سُلطاناً فلا يُسْرِفُ فِي القَتْلِ إِنَّهُ كانَ مَنصُوراً)^(١). وقوله صلى الله عليه وسلم: "من قتل عمداً فهو قود"^(٢). وغير ذلك من الأدلة.

(١) من الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

(٢) سنن أبي داود — ديات — من قتل في عمياء بين قوم ٥٣٦/٢.

المبحث الثالث

الكفارة

يرى الحنفية والمالكية^(١): أن الكفارة لا تجب في قتل الجنين غير أنه يستحب للقاتل أن يتطوع بها تقرباً إلى الله سبحانه وتعالى واستدلوا على عدم وجوبها.

بما روى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - قال: "اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ففضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها غرة عبد أو أمة..."^(٢).

ووجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل الواجب في الجناية على الجنين الغرة ولم يذكر كفارة ولو كانت واجبة لذكرها صلى الله عليه وسلم في الحديث.

ونوقش: بأن ترك ذكر الكفارة في الحديث لا يدل على عدم وجوبها. حيث إن الكفارة ذكرت في موضع آخر^(٣) فأغنى عن ذكرها هنا.

واستدل أصحاب هذا الرأي على عدم وجوب الكفارة في قتل الجنين من المعقول: بأن الكفارة فيها معنى العقوبة، لأنه شرعت زاجرة، وفيها معنى العبادة، لأنها تتأدى بالصوم، وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة فلا يتعداها، لأن العقوبة لا يجرى فيها القياس،

(١) تبين الحقائق ١٤١/٦، بداية المجتهد ٣١٢/٢.

(٢) سبق تخريج الحديث

(٣) يراجع: المغنى ٨١٦/٧ ويأتى في استدلال المخالفين.

والجنين يعتبر نفساً من وجه دون وجه لا مطلقاً، ولهذا لم يجب فيه كل
 البذل — الدية الكاملة — لأن الأعضاء لا كفارة فيها.
 فإذا تقرب بها إلى الله كان أفضل لأنه ارتكب محظوراً ويستغفر الله —
 تعالى — مما صنع من الجريمة العظيمة^(١).
 ويرى الشافعية والحنابلة^(٢): أن الجناية على الجنين مطلقاً توجب
 الكفارة.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا
 خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ
 إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ
 مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ
 وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ
 اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا)^(٣).

وجه الدلالة من الآية الكريمة: أن هذا الجنين إن كان من الجنين إن
 كان من مؤمنين أو كان أحد أبويه مؤمناً فهو محكوم بإيمانه تبعاً، يرثه
 ورثته المؤمنون ولا يرث الكافر منه شيئاً، وإن كان من أهل الذمة فهو
 من قوم بيننا وبينهم ميثاق، ولأنه نفس مضمونة بالدية فوجب فيه

(١) تبين الحقائق ١٤١/٦ — ١٤٢.

(٢) المهذب ٢/٢٧٨، المغنى ٧/٨١٥.

(٣) الآية ٩٢ من سورة النساء.

الرقبة كالكبير^(١)، وإذا وجبت الدية في قتله خطأ فوجوبها في قتله عمداً
أولى^(٢).

ويناقش: بأنه ليس مسلماً أن كل قتل وجبت فيه الدية تجب فيه الكفارة
حيث منع أصحاب الرأي الأول — الحنفية والمالكية — وجوب الكفارة
في القتل العمد مع أنه قد يضمن بالدية، حيث إن الكفارة قد وردت في
القتل الخطأ ولم ترد في القتل العمد^(٣).

ويرى الظاهرية^(٤): أن إجهاض الجنين إن كان عمداً فلا يوجب
الكفارة، وإن كان خطأ وجب فيه الكفارة واستدلوا على ذلك بقوله
تعالى: (ومن يقتل مؤمناً خطأ فتحريراً رقبة مؤمنة.... الآية).

ووجه الدلالة: أن الآية قد أوجبت الكفارة في القتل الخطأ فإن أجهض
خطأ وجبت فيه. أما إن أجهض عمداً فلا تجب فيه كفارة حيث إنها لم
ترد في القتل العمد.

سبب الخلاف: بين الفقهاء في وجوب الكفارة بإجهاض الجنين.
يرجع الخلاف في وجوب الكفارة في إجهاض الجنين إلى سببين:
الأول: اختلاف الفقهاء في تكييف الجنابة على الجنين وإلحاقها بأى
نوع من أنواع القتل كما سبق.

الثاني: اختلاف الفقهاء حول وجوب الكفارة في غير القتل الخطأ.

(١) المغنى ٧/١١٦.

(٢) المهذب ٢/٢٧٨.

(٣) البدائع ٧/٢٥١، بداية المجتهد ٢/٣١٢.

(٤) المحلى ١١/٣١.

وقد أشار ابن رشد إلى سبب الخلاف فقال: (ومن الواجب الذى اختلفوا فيه فى الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة، فذهب الشافعى إلى أن فيه الكفارة واجبة، وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة، واستحسنها مالك ولم يوجبها، فأما الشافعى فإنه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة فى العمد والخطأ. وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد، والكفارة لا تجب عنده فى العمد وتجب فى الخطأ ولما كان هذا متردداً عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها.)^(١)

تعدد الكفارات بتعدد الأجنة:

تتعدد الكفارات بتعدد الأجنة عند من أوجبوا الكفارة فى قتله. فإذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة وجب فى كل جنين كفارة مستقلة ولا تتداخل الكفارات حتى فى الجناية الواحدة.

قال ابن قدامة (وإن ألقت أجنة ففى كل جنين كفارة كما أن فى كل جنين غرة أو دية)^(٢).

نوع الكفارة الواجبة فى إجهاض الجنين:

جاء فى المذهب (والكفارة عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى: (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ

(١) بداية المجتهد ٣١٢/٢.

(٢) المغنى ٨١٦/٧، وينظر المحلى ٣١/١١.

مُتَّابِعِينَ) فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِيهِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: يَلْزِمُهُ إِطْعَامُ سِتِينَ
مَسْكِينًا كُلَّ مَسْكِينٍ مَدًّا مِنَ الطَّعَامِ، لِأَنَّهُ كِفَارَةٌ يَجِبُ فِيهَا الْعَتَقُ أَوْ
صِيَامُ شَهْرَيْنِ فَوْجِبَ فِيهَا إِطْعَامُ سِتِينَ مَسْكِينًا قِيَاسًا عَلَى كِفَارَةِ الظَّهَارِ
وَالْجَمَاعِ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ.

الثاني: لا يلزمه الإطعام لأن الله تعالى: ذكر العتق والصيام ولم يذكر
الإطعام، ولو وجب ذلك لذكره كما في كفارة الظهار .. (١).
الترجيح:

بعد ذكر رأى الفقهاء حول وجوب الكفارة في إجهاض الجنين وما
يتعلق بذلك من تعددها بتعدد الأجنة ونوعها مع الإشارة إلى سبب
الخلافاً في هذا الموضوع. فإن الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية
والمالكية من القول بعدم وجوب الكفارة في إجهاض الجنين لقوة ما
استدلوا به من عدم ذكر النبي صلى الله عليه وسلم للكفارة في قتل
الجنين. وما استدل به الموجبون له لا يسلم لأنه ورد في قتل الكبير
خطأً والفقهاء لم يتفقوا على أن قتل الجنين كقتل الكبير بدليل اختلافهم
في تكليف نوع الجناية عليه وفي القصاص من قاتله حالة العمد.
وحتى ولو سلم بأن قتل الجنين خطأ كقتل الكبير فلا يستلزم ذلك
وجوب الكفارة بقتله كالكبير حيث إن العقوبات ومنها الكفارة مما لا
يترك للاجتهاد ولا يقال فيها بالرأى. بل لو كان واجبة في قتله
لتعرض النبي صلى الله عليه وسلم لبيان ذلك ولم يكف بذكر وجوب
الكفارة في قتل الكبير خطأً للدلالة على وجوبها في إجهاض الجنين.

(١) المهذب ٢/٢٧٨.

الفصل الرابع

العقوبات المتفق عليها

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الحرمان من الميراث.

المبحث الثاني: الغرة.

المبحث الثالث: الغرامة الواجبة في إلقاء بعض الجنين.

المبحث الرابع: العاقلة وتحملها للغرة.

المبحث الأول

الحرمان من الميراث

لا خلاف بين الفقهاء أن الجاني على الجنين بغير حق إن كان أحد الورثة كالأب أو الأم ونحوهما لا يرث منه شيئاً^(١) ويستدلون على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم "ليس لقاتل شيء"^(٢).

ووجه الدلالة: ظاهر في حرمان القاتل من ميراث مقتوله لأن من تعجل شيئاً عوقب بحرمانه، ومجهض الجنين قاتل له فلا يرث منه شيئاً. جاء في البدائع (ولا يرث الضارب من الغرة شيئاً لأنه قاتل بغير حق والقتل بغير حق من أسباب حرمان الميراث)^(٣).

وفى حاشية الزرقانى (قال مالك الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا أن قاتل العمد لا يرث من دية من قتل شيئاً، ولا من ماله ولا يحجب أحداً وقع له ميراث وأن الذى يقتل خطأ لا يرث من الدية شيئاً...)^(٤) وقاتل الجنين لا يخلو من أن يكون واحداً منهما لأنه سبق القول أن الجناية على الجنين عند المالكية إما أن تكون عمدية، وإما أن تكون خطأ وفى الحالتين لا يرث قاتله كما أفاد النص.

وفى المذهب (واختلف أصحابنا فيما قتل مورثه. فمنهم من قال: إن كان القاتل مضموناً لم يرثه لأنه قتل بغير حق وإن لم يكن مضموناً

(١) البدائع ٣٢٦/٧، شرح الزرقانى ١٩٦/٤، المذهب ٣٤/٢، المغنى ٨١٦/٧.

(٢) موطأ الإمام مالك بشرح الزرقانى ١٩٦/٤.

(٣) البدائع ٣٢٦/٧.

(٤) شرح الزرقانى ١٩٦/٤ - ١٩٧.

ورثه لأنه قتل بحق فلا يحرم به الإرث. ومنهم من قال: إن كان متهما كالمخطيء أو كان حاكماً فقتله في الزنى بالبينة لم يرثه لأنه متهم في قتله لاستعمال الميراث. وإن كان غير متهم بأن قتله بإقراره بالزنى ورثه لأنه غير متهم لاستعمال الميراث. ومنهم من قال: لا يرث القاتل بحال وهو الصحيح^(١). والكلام هنا وإن أظهر بعض صور الخلاف في المذهب الشافعي في ميراث بعض القتلة، وأن الصحيح عدم ميراث القاتل عندهم في جميع الصور. إلا أن هذا الخلاف لا يتصور في قتل الجنين لأن قاتله متهم في قتله لاستعمال ميراثه وهذا لا يختلف على عدم إرثه عندهم كما أظهر النص.

وفى المغنى (وإذا شربت الحامل دواء فألقت به جنيناً فعليها غرة لا ترث منها شيئاً وتعق رقبة وليس في هذه الجملة اختلاف بين أهل العلم نعلمه إلا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة، وذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنابيتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جن عليه غيرها، ولا ترث من الغرة شيئاً لأن القاتل لا يرث المقتول وتكون الغرة لسائر ورثته وعليه عتق رقبة... ولو كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره من ورثته فعليها غرة لا يرث منها شيئاً ويعتق رقبة...)^(٢).

فظاهر من النصوص السابقة وغيرها أنه لا اختلاف بين الفقهاء حول منع إرث القاتل للجنين أيا كان من ميراث الجنين، إعمالاً للنصوص والقواعد التي تقضى بأن تعجل شيئاً عوقب بحرمانه.

(١) المذهب ٣٤/٢.

(٢) المغنى ٨١٦/٧.

المبحث الثاني

الغرة

الغرة: هي العقوبة الأساس في إجهاض الجنين، ولذا نتعرض في هذا المبحث لبيان المقصود بها، ومقدارها عند فقدها، وتعددتها بتعدد الجنين، واشتراك الجناة فيها والمستحق لها، وأثر اختلاف نوع الجنين فيها وما يتعلق بذلك من خلال المطالب الستة التالية:

المطلب الأول: تعريف الغرة وبيان المراد بها:

الغرة في اللغة: بياض في جبهة الفرس فوق الدرهم. وغرة كل شيء أوله وأكرمه، والغرة العبد والأمة^(١).

وفي اصطلاح الفقهاء^(٢): لا يختلف معنى الغرة عن معناها في اللغة فالمراد بها عند جمهور عبد أو أمة، إلا أن بعضهم يرى اشتراط كون العبد أو الأمة أبيض البشرة، حيث إن الغرة تطلق على البياض الذي في وجه الفرس، بينما لا يشترط أكثرهم ذلك بل يرى أن المراد بالغرة الأفضل من العبيد والإماء.

جاء في معنى المحتاج (دية الجنين الحر المسلم غرة، لخبر الصحيحين. أنه صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة".

(١) مختار الصحاح - غرر - ١٩٧، القاموس المحيط - باب الرء - فصل الغين ص ٥٧٨

(٢) السبائع ٣٢٥/٧، شرح الزرقاني ١٨١/٤، مغنى المحتاج ١٠٣/٤، المغنى ٨٠٠/٧،

وللفقهاء تفصيل في نوع العبد وسنه ولونه تركتها حتى لا يطول البحث بغير طائل وتراجع في

المهذب ٢٥٤/٢، المغنى ٨٠٣/٧.

وأصل الغرّة البياض في وجه الفرس – ولهذا اشترط عمر بن العلاء أن يكون العبد أبيض والأمة بيضاء، وحكاها الفكهاني في شرح الرسالة عن ابن عبد البر، ولم يشترط الأكثرون ذلك، وقالوا النسمة من الرقيق لأنها غرّة ما يملك، أي أفضله، وغرة كل شيء خياره^(١).

ويرى عروة وطاوس ومجاهد^(٢): أن الغرّة عبد أو أمة أو فرس، لأن الغرة اسم لذلك. ويستدلون على ذلك بما روى عن أبي هريرة – رضى الله عنه – قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل"^(٣).

ويرى ابن سيرين والشعبي^(٤): أنها عبد أو أمة أو مائة شاة واستدلا على ذلك بما روى أنه صلى الله عليه وسلم جعل في ولدها مائة شاة^(٥).

وروى عن عبد الملك بن مروان: أنه قضى في الجنين إذا أملص بعشرين ديناراً، فإذا كان مضغة فأربعين، فإذا كان عظماً فستين، فإذا كان العظم قد كسى لحمًا فثمانين، فإن تم خلقه وكسى شعره فمائة دينار.

(١) مغنى المحتاج ١٠٣/٤.

(٢) يراجع المغنى ٨٠٢/٧.

(٣) سنن أبي داود – ديات – دية الجنين ٤٩٩/٢، سنن الدار قطنى – حدود ١١٥/٣ حديث رقم ١١٤ ط دار المحاسن للطباعة سنة ١٩٦٦م وأشار إلى أن نكر الفرس وهم أن ذلك من بعض رواته على سبيل تفسير الغرة.

(٤) المغنى ٨٠٣/٧.

(٥) سنن أبي داود – الديات – دية الجنين ٤٩٩/٢ الأولى مصطفى الحلبى.

وروى عن قتادة^(١): أنه إذا كان علقة فتلت غرة وإذا كان مضغة فتلثى غرة.

وهذه الأقوال كلها اجتهادات شخصية من قائلها لم تسلم عند جمهور الفقهاء ولم تثبت أدلتها.

قال ابن قدامة بعد أن حكى الأقوال السابقة مستدلاً لرأى الجمهور (ولنا: قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في إملاص المرأة بعبد أو أمة، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضية على ما خالفهم، وذكر الفرس والبغل في الحديث وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة، فالظاهر أنه وهم، وهو متروك في البغل بغير خلاف، وكذلك في الفرس... وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع، وكذلك قتادة، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع من قولهما...)^(٢).

الترجيح:

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الغرة الواجبة في الجنين هي العبد أو الأمة من غير اشتراط لون معين فيهما، أو اشتراط البغل أو الفرس أو غيرهما في معنى الغرة هو الراجح وما ذكره بعض العلماء من دخول البغل أو الفرس أو الدنانير في معنى الغرة ربما قصدوا به أن هذه المذكورات تحل محل الغرة عند فقدانها ولم يقصدوا بذلك مشاركة الغرة في معناها. فإن قصدوه فالعبرة بما ورد عن رسول الله صلى

(١) المغنى ٧/٨٠٣.

(٢) المغنى ٧/٨٠٣.

الله عليه وسلم فهو المنوط بالتشريع وسنته هي المصدر الثاني بعد كتاب الله عز وجل وقد أفاد أن الغرة العبد أو الأمة فلا ينتفت إلى غيرها.

المطلب الثاني: أصل مشروعية الغرة:

الأصل في وجوب الغرة السنة والإجماع والمعقول:

أما السنة: فما روى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - "أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم - فيها بغرة عبد أو أمة"^(١).

وما روى عن أبي هريرة أيضاً: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى جنين امرأة من بنى لحيان بغرة عبد أو أمة، ثم إن المرأة التى قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ميراثها لبنيتها وزوجها وأن العقل على عصبتها"^(٢).

ووجه الدلالة: من الحديثين ظاهر فى وجوب الغرة بإجهاض الجنين.

وأما الإجماع: فلما ثبت عن عمر - رضى الله عنه - أنه استشارهم فى إملاص المرأة، فقال المغيرة بن شعبه: قضى النبى صلى الله عليه وسلم بالغرة عبد أو أمة، فشهد بذلك محمد بن مسلمة أنه شهد النبى صلى الله عليه وسلم قضى به"^(٣).

(١) صحيح البخارى - ديات - جنين المرأة ١٩٣/٤.

(٢) صحيح البخارى - ديات - جنين المرأة وأن العقل على الوالد ١٩٣/٤.

(٣) صحيح البخارى - ديات - جنين المرأة ١٩٣/٤.

وما روى أن عمر - رضى الله عنه - نشد الناس: من سمع النبي صلى الله عليه وسلم قضى فى السقط، وقال المغيرة أنا سمعته قضى فيه بغرة عبد أو أمة، قال ائت من يشهد معك على هذا، فقال محمد بن مسلمة أن أشهد على النبي صلى الله عليه وسلم بمثل هذا^(١).

ولم يثبت أن أحداً خالف هذا من الصحابة فكان إجماعاً^(٢).

وأما المعقول: فلما ذكره الكاسانى حيث قال (ولأن الجنين إن كان حياً فقد فوت الضارب حياته وتفويت الحياة قتل، وإن لم يكن حياً فقد منع من حدوث الحياة فيه فيضمن كالمغرور)^(٣).

المطلب الثالث: قيمة الغرة عند فقدها:

بدهى أن الغرة لا تتعين فى العبد أو الأمة حيث إنه لا وجود لهما الآن بعد انتهاء الرق. ولذا كان من الضرورى بيان قيمة الغرة التى تجب على من أجهض جنيناً عند فقد الغرة، وقيمة الغرة محل خلاف بين الفقهاء.

فيرى جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والشافعية فى قول والحنابلة)^(٤): أن قيمة الغرة عند فقدها نصف عشر الدية الكاملة التى تجب فى قتل الكبير أو عشر دية المرأة حيث إنها على النصف من دية

(١) صحيح البخارى - ديات - جنين المرأة ١٩٣/٤، المغنى ٨٠٠/٧.

(٢) البدائع ٣٢٥/٧، شرح الزرقانى ١٨١/٤، مغنى المحتاج ١٠٣/٤.

(٣) البدائع ٣٢٥/٧.

(٤) البدائع ٣٢٥/٧، شرح الزرقانى ١٨٣/٤، بداية المجتهد ٣١١/٢، المهذب ٣٥٤/٢،

المغنى ٨٠٤/٧.

الرجل وعللوا ذلك. بأن نصف عشر الدية هو أقل ما قدره الشرع فى عقوبات الجنائيات وهو دية السنة وأرش الموضحة^(١).

ومع اتفاق الجمهور على هذا الأصل فى التقدير لقيمة الغرة عند فقدها، فإنهم يتفقون على أن قيمة الغرة خمس من الإبل، فهى نصف عشر المائة الواجبة فى قتل الرجل أو عشر الخمسين الواجبة فى قتل المرأة، وكذا يتفقون على أن قيمة الغرة من الذهب خمسون ديناراً على أهل الذهب، فهى نصف عشر الألف دينار من الذهب والدية الكاملة التى تجب فى قتل الرجل أو عشر الخمسمائة دينار التى تجب فى قتل المرأة ويختلفون فى قيمتها من الفضة.

حيث يرى الحنفية: أن قيمة الغرة من الفضة خمسمائة درهم بينما يرى بقية أصحاب هذا الرأى أنها ستمائة درهم.

وذلك يرجع إلى اختلافهم فى قيمة الدية الكاملة من الفضة فهى عند الحنفية مقدرة بعشرة آلاف درهم، وعند غيرهم باثنى عشر ألفاً. واستدل الحنفية على رأبهم فى أن قيمة الغرة من الفضة خمسمائة درهم بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم "قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة"^(٢) (أى خمسمائة درهم).

قال الكاسانى (وأما تفسير الغرة. فالغرة فى اللغة عبد أو أمة كذا قال أبو عبيد من أهل اللغة، وكذا فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) المهذب ٢/٢٥٤، المغنى ٧/٨٠٤.

(٢) سنن أبى داود - الديات - دية الجنين ٢/٤٩٩.

فى الحديث الذى رويناه، فقال عليه الصلاة والسلام: "فيه غرة عبد أو أمة". ففسر الغرة بالعبد والأمة، وروى أنه — عليه الصلاة والسلام — قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة.

وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الأولى، فصارت الغرة فى عرف الشرع اسماً لعبد أو أمة يعدل خمسمائة^(١).

أما بقية أصحاب هذا رأى فلم تثبت عندهم هذه الرواية التى استدل بها الحنفية ولذلك جعلوا قيمتها من الفضة ستمائة درهم على أساس أن قيمة الدية الكاملة من الفضة عندهم إثني عشر ألفاً.

قال الزرقانى (قال مالك: فدية حنين الحرة المسلمة عشر ديتها والعشر خمسون ديناراً أو ستمائة درهم)^(٢).

وقال الشيرازى (فإن أعوزت الغرة وجب خمس من الإبل هى أصل الدية. فإن أعوزت وجبت قيمتها فى أحد القولين. أو خمسون ديناراً أو ستمائة درهم فى القول الآخر)^(٣).

وقال ابن قدامة (وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلها بأن تكون قيمتها خمساً من الإبل أو خمسين ديناراً أو ستمائة درهم فلا كلام، وإن اختلف قيمة الإبل فنصف عشر الدية من غيرها)^(٤).

(١) البدائع ٣٢٥/٧.

(٢) شرح الزرقانى ١٨٣/٤.

(٣) المهذب ٢٥٤/٢.

(٤) للمغنى ٨٠٤/٧.

ويرى الشافعية في قول وهو قول للخرقي من الحنابلة^(١): أن قيمة الغرة خمس من الإبل فإن لم توجد فقيمتها بالغة ما بلغت. لأن الأصل في الدية الإبل وليس الذهب أو الفضة وعلى ذلك فالواجب نصف عشر الدية من الإبل وهو خمس من الإبل أو قيمتها عند فقدها.

ويناقش: بأنه كان ينبغي على هذا الأصل ألا تكون الخمس من الإبل قيمة للغرة لأنه وإن كانت الإبل هي أصل الدية، فإنها بالنسبة لغرة الجنين ليست أصلاً، وإنما هي قيمة لأن أصل غرة الجنين العبد أن الأمة، فإذا قبلت الخمس من الإبل بدلا منها بغير خلاف فينبغي أن يقبل التقدير لقيمتها من الذهب أو الفضة بداية.

ويرى الظاهرية^(٢): أن قيمة الغرة الواجبة هي قيمة أقل ما يطلق عليه اسم عبد أو أمة وليس نصف عشر الدية.

وجاء في المحلى (..وفي الغرة جملة إذا عدت أقل ما يمكن إذ لا يجوز أن يلزم أحد غرامة إلا بنص أو إجماع لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام" فأقل ما كانت تساوى الغرة وجدت على العاقلة بالنص، وما زاد على ذلك غير واجب لا بنص ولا إجماع فهو ساقط لا يجوز الحكم به)^(٣).

ويناقش: بأن هذا يفضى إلى عدم إمكان معرفة قيمة الغرة حيث لا يوجد العبد أو الأمة الآن، ولا يمكن لأحد أن يعرف قيمتهما إن وجد،

(١) المهذب ٢/٢٥٤، المغنى ٧/٨٠٥.

(٢) المحلى ١١/٣٨.

(٣) المحلى ١١/٣٨.

حيث إن تقدير السعر يختلف باختلاف الزمان والمكان والحاجة وعدد العبيد من حيث القلة والكثرة وهو ما يعرف بالعرض والطلب. وعند فقد العبيد لا يمكن تقدير ثمن للعبد أو الأمة لعدم توافر مقومات التثمين وهذا يؤدي إلى جهالة قيمة الغرّة.

سبب اختلاف الفقهاء في قيمة الغرّة:

ذكر ابن رشد سبب الخلاف في هذه المسألة فقال: (فأما الأجنة فإنهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرّة وجنين الأمة من سيدها هو غرّة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرح جنينها، فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرّة عبد أو وليدة. واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور وهي نصف عشر دية أمه، إلا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال: دية الجنين خمسمائة درهم، والذين لم يجدوا في ذلك حداً، ولم يجدوها من جهة القيمة، وأجازوا إخراج قيمتها عنها قالوا: الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغّة ما بلغت، وقال داود وأهل الظاهر: كل ما وقع عليه اسم غرّة أجزأ، ولا يجزىء عنده القيمة في ذلك فيما أحسب)^(١).

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بجواز إخراج قيمة الغرّة عند فقدها وهي مقدار نصف عشر دية الرجل أو عشر دية

(١) بداية المجتهد ٣١١/٢.

المرأة وهي خمس من الإبل أو خمسون ديناراً من الذهب، أو ستمائة درهم. حيث إن الغرامة في إجهاض الجنين مبنية على التخفيف إذا قورنت بغيرها من الجنايات فكان اعتبار قيمتها بأقل عقوبات الجنايات حيث تعذر أصل الواجب هو الغرة وهو ما ذهب إليه الجمهور سائغاً وقياساً صحيحاً.

وما ذهب إليه الحنفية من مخالفة الجمهور في قيمة الغرة من الفضة حيث قدروها بخمسمائة درهم لا يستقيم لضعف دليله الذي استدلوا به من السنة.

وما ذهب إليه الشافعية في قول والخرقى من الحنابلة: سبق مناقشته وتبين ضعف رأيهم الذي يجعل قيمة الغرة خمساً من الإبل أو قيمتها ولا تقدر بالذهب أو الفضة.

وكذا ما ذهب إليه الظاهرية تبين ضعفه حيث ترتب عليه جهالة قيمة الغرة أصلاً.

وهو رأى لا يوجد من النصوص أو التفسيرات ما يؤيده. بل يوجد ما يضعفه حيث إنهم جعلوا الغرة مطلق العبد أو الأمة ولذا أوجبوا قيمة أقل ما يطلق عليه اسم العبد أو الأمة مع أن اللغة وهي مراعاة في الأحكام الشرعية فسرت الغرة بالخيار من العبيد والإماء وليس مطلق العبد أو الأمة.

المطلب الرابع: تعدد الغرة بتعدد الأجنة المجهضة:

إذا تعددت الأجنة المجهضة تعددت الغرة الواجبة بتعدد الأجنة فتجب في كل جنين غرة ولا خلاف على ذلك بين الفقهاء.

ففى البدائع...) فأما إذا ألقّت جنينين فإن كانا ميتين ففى كل واحد منهما غرة، وإن كانا حيّين ثم ماتا ففى كل واحد منهما دية لوجود سبب وجوب كل واحدة منهما كما لو أفرّد كل واحد منهما بالضرب كما فى الكبيرين. فإن ألقّت أحدهما ميتاً والآخر حيا ثم مات فعليه فى الميت الغرة وفى الحرّ الدية لوجود سبب وجوب الغرة فى الجنين الميت والدية فى الجنين الحى فىستوى فيه الجمع فى الإتلاف والإفراد فيه^(١).

وفى مواهب الجليل (من ضربت فطرحت جنينين لم يستهلا ففيهما غرتان ولو استهلا كان فيهما ديتان)^(٢).

وفى مغنى المحتاج (ولو ألقّت أى امرأة بجنابة عليها جنينين ميتين فغرتان تجبان فيهما، أو ثلاثة فتلاثاً. وهكذا لأن الغرة متعلقة باسم الجنين فتتعدد بتعددّه، ولو ألقّت ميتاً وحياً واستمر ألم الحى حتى مات فغرة للأول ودية الثانى)^(٣).

وفى المغنى (وإذا ضرب بطن امرأة فألقّت أجنة ففى كل واحد غرة وبهذا قال الزهرى ومالك والشافعى وإسحاق وابن المنذر قال: ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه ضمان آدمى فتعدد بتعددّه كاليات وإن ألقّتهم أحياء فى وقت يعيشون فى مثله، ثم ماتوا ففى كل واحد دية

(١) البدائع ٣٢٦/٧.

(٢) مواهب الجليل ٢٥٨/٦، مثله فى بلغة السالك ٢٩٨/٤.

(٣) مغنى المحتاج ١٠٤/٤.

كاملة وإن كان بعضهم حيا فمات وبعضهم ميتا ففي الحى دية وفى الميت غرة^(١).

وفى المحلى بعد أن ذكر عدة أقوال للعلماء تدل على تعدد الغرة بتعدد الأجنة قال (..قال على: وبهذا نقول لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "دية جنينها عبداً أو أمة" وكل جنين ولو أنهم عشرة فهو جنين لها ففي كل جنين غرة عبد أو أمة فلوا قتلوا بعد الحياة ففي كل واحد دية وكفارة)^(٢).

ومن خلال ما سبق ذكره من نصوص قد تبين أن الفقهاء لا خلاف بينهم أن الغرة تتعدد بتعدد الأجنة ولا تتداخل كما هو الحال والشأن فى تعدد الدييات بتعدد القتلة. وكأن الجناية الواحدة التى ترتب عليها إجهاض أجنة جنائيات متعددة بتعدد الأجنة المجهضة.

المطلب الخامس: الاشتراك فى الغرة:

كما تتعدد الغرة فى اعتداء الشخص الواحد على أجنة فى رحم واحد وإن كثر عدد الأجنة المجهضة، كما تبين مما سبق فإن الغرة الواحدة الواجبة فى إجهاض الجنين الواحد قد يشترك فيها أكثر من واحد كما لو اعتدى على بطن امرأة حامل بالضرب أكثر من واحد فى وقت واحد وترتب على ذلك إجهاض الجنين. فإن كان المجهض جنيناً واحداً اشترك الجناة فى غرة واحدة، وإن تعددت الأجنة تعددت الغرة فى

(١) المغنى ٧/٨٠٦.

(٢) المحلى ١١/٣٢.

مقابل عدد الأجنة المجهضة شركة بين الجناة بالسوية وذلك قياساً على اشتراك الجناة في الدية الواحدة في القتل الخطأ ونحوه. جاء في معنى المحتاج (ولو اشترك جماعة في الإجهاض اشتركوا في الغرة كما في الدية) (١).

وفي المعنى (وإن اشترك جماعة في ضرب امرأة فألقت جنيناً فديته أو الغرة عليهم بالحصص وعلى كل واحد منهم كفارة كما إذا قتل جماعة رجلاً واحداً، وإن ألقت أجنة فدياتهم عليهم بالحصص وعلى كله واحد في كل جنين كفارة، فلو ضرب ثلاثة بطن امرأة فألقت ثلاثة أجنة فعليهم تسع كفارات على كل واحد ثلاثة) (٢).

المطلب السادس: مستحق الغرة:

اختلف الفقهاء في مستحق الغرة أو الدية الواجبة في إجهاض الجنين على النحو التالي: يرى الحنفية (٣) والمالكية (٤) والشافعية والحنابلة (٥):

(١) معنى المحتاج ١٠٤/٤.

(٢) المعنى ٨١٦/٧.

(٣) نسب الزرقاني للحنفية القول بأن الغرة تكون للأُم وليس للورثة وهو خطأ كما هو واضح من نص الهداية المذكور. ونص البدائع قبله يراجع شرح الزرقاني ١٨٣/٤، الهداية ١٩٠/٤، البدائع ٣٢٦/٧.

(٤) وما وقع فيه الزرقاني من المالكية وقع فيه الكاساني من الحنفية أيضاً فقد نسب للإمام مالك القول بأن الغرة للأُم خاصة وهو خطأ. يراجع: البدائع ٣٢٦/٧، بداية المجتهد ٣١٢/٢، والزرقاني ١٨٣/٤.

(٥) الهداية ١٩٠/٤، البدائع ٣٢٦/٧، بداية المجتهد ٣١٢/٢، الزرقاني ١٨٣/٤، المهذب ١٥٤/٢، معنى المحتاج ١٠٥/٤، المعنى ٨٠٥/٧.

أن الغرامة الواجبة بقتل الجنين غرة كانت أو دية على ما سبق بيانه تدفع لورثة الجنين على تقسيم المواريث، ولا يرث القاتل إن كان من الورثة منها شيئاً.

واستدلوا على ذلك بالقياس: حيث قالوا إنها دية آدمى وبديل نفسه فوجب أن تكون مورثه عنه قياساً على سائر الديات الواجبة في قتل النفس ومنها نفس الجنين إذا قتل بعد الولادة.

أما عدم إرث الجاني من الغرة أو الدية فلقوله صلى الله عليه وسلم "ليس لقاتل ميراث"^(١).

جاء في الهداية (وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته، ولا يرث الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل)^(٢).

وفى بداية المجتهد (وأما لمن تجب؟ - أي الغرة - فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة: هي لورثة الجنين، وحكمها حكم الدية في أنها موروثه)^(٣).

وفى المهذب (وما يجب في الجنين يرثه ورثته لأنه بدل حر فورث عنه كدية غيره)^(٤).

(١) سنن ابن ماجه - نيات - القاتل لا يرث ٨٤/٢، حديث رقم ٢٦٤٦ ط دار إحياء التراث العربي بيروت.

(٢) الهداية ١٦٠/٤.

(٣) بداية المجتهد ٣١٢/٢.

(٤) المهذب ٢٥٤/٢.

وفى المغنى (...الغرة مورثة عن الجنين كأنه سقط حيًا لأنها دية له
وبدل عنه فيرثها ورثته كما لو قتل بعد الولادة..)(^١).

ويرى الليث بن سعد وربيعة بن عبد الرحمن(^٢): أن الغرة لا تكون
مورثة بل هي للأم خاصة.

وعلى ذلك: بأن الجنين بمنزلة العضو من الأم لاتصاله بها فوجب أن
يكون الواجب في الجناية عليه للأم كما لو كان الاعتداء على عضو
من أعضائها.

جاء في المغنى(وقال الليث لا يورث بل تكون بدله لأمه، لأنه كعضو
من أعضائها فأشبهه يدها)(^٣).

وفى بداية المجتهد (...وقال ربيعة والليث هي للأم خاصة وذلك أنهم
شبهوا جنينها بعضو من أعضائها)(^٤).

ونوقش: ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي من القول بأن الواجب في
إجهاض الجنين يكون للأم خاصة لأنه كبديل عضو من أعضائها. بأن
الواجب في الجنين هو بدل نفس الجنين وليس عضوًا من أعضائها.
بدليل قول حمل بن مالك حين قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالغرة على العاقلة: كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق..)

(١) المغنى ٨٠٥/٧.

(٢) بداية المجتهد ٣١٢/٢، المغنى ٨٠٥/٧.

(٣) المغنى ٨٠٥/٧.

(٤) بداية المجتهد ٣١٢/٢.

فقوله كيف أغرم ما لا شرب... إلخ يدل على أن الواجب هو بدل الجنين^(١).

ويناقش: أيضًا رأى القائلين بأن الغرامة الواجبة بقتل الجنين تكون للأُم خاصة. بأنه يترتب عليه إشكال إن كانت الأم هي الجانية على جنينها.

لأنه لا يخلو على رأيهم من أن تكون الغرامة الواجبة للأُم وهذا باطل من وجهين:

الأول: أنه لا معنى وجوب الغرامة عليها لنفسها.

الثاني: أنه يخالف ما استقر شرعًا من أنه لا ميراث لقاتل. وإما أن يكون الواجب في هذه الحالة من غرامة للورثة غير الأم وفي هذا عدول عن رأيهم في أن الواجب للأُم خاصة وإما لا يكون للورثة وهو في ذات الوقت لا يصح للأُم لأنها قاتلة وهذا يفضي إلى القول بأن جناية الأم على جنينها بالإجهاض لا يترتب عليه غرامة وهذا لم يقل به أحد.

ويرى الظاهرية^(٢): أن الإجهاض إن كان قبل الأربعة أشهر — أى قبل نفخ الروح فيه — فالغرة للأُم خاصة لأنه بمنزلة العضو منها، وإن كان بعد الأربعة أشهر فهي للورثة لأنها تكون بمنزلة الدية لأنها واجبة في قتل نفس حية.

(١) شرح الزرقاني ٤/١٨٣، البدائع ٧/٣٢٦ — يأتي ذكر نص الحديث كاملا وتخرجه.

(٢) المحلى ١١/٣٣.

المبحث الثالث

الغرامة الواجبة في إلقاء بعض الجنين

قد ينتج عن الاعتداء على بطن الحامل إلقاء جزء جنين كاليد ونحوها وهذا لا يخلو إما أن تلقى المرأة بعد اليد جنيناً أم لا وهو ما نعرض لبيان حكم الواجب فيه من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: إلقاء جزء جنين فقط:

إذا أُلقت المرأة جزء جنين ولم تلق بعده أو قبله شيئاً فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب الغرة على الجاني وسواء أكان الملقى جزءً واحداً كاليد ونحوها أم أجزاء^(١).

جاء في المذهب (وإن ضرب بطن امرأة فألقت يداً أو رجلاً أو غيرهما من أجزاء الآدمي وجبت عليه الغرة لأنها تيقنا أنه من جنين، والظاهر أنه تلف من جنايته فوجب ضمانه، وإن أُلقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غره، لأنه يجوز أن يكون جنيناً برأسين أو أربعة أيد فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك)^(٢).

وفى المغنى (... وكذلك إن أُلقت يداً أو رجلاً أو رأساً أو جزءاً من أجزاء الآدمي وجبت الغرة لأنها تيقنا أنه من جنين وإن أُلقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة لأن ذلك يجوز أن يكون من جنين

(١) الهداية ٤/١٩٠، تبين الحقائق ١/٦٧، بداية المجتهد ٢/٣١٢، المذهب ٢/٢٥٣، المغنى

٨٠٢/٧

(٢) المذهب ٢/٢٥٣.

واحد، ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك لأن الأصل براءة الذمة^(١).

وهذا الذى صرح به الشافعية والحنابلة هو ما يؤخذ من نصوص الحنفية والمالكية أيضًا. ففي الهداية (والجنين الذى استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام فى جميع هذه الأحكام)^(٢).

وفى تبیین الحقائق (والسقط إن ظهر بعض خلقه ولد وذلك مثل يد أو رجل أو إصبع أو ظفر أو شعر)^(٣).

وفى بداية المجتهد (واختلفوا من هذا الباب فى الخلقة التى توجب الغرة، فقال مالك كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة)^(٤).

فقوله مما يعلم أنه ولد يدل على أن إلقاء أى شىء يدل على أنه من جنين كإلقاء اليد ونحوها يأخذ هذا الحكم من باب أولى.

المطلب الثانى: إذا أُلقت جزء جنين ثم سقط الجنين بعده مباشرة:

إذا سقط الجنين بعد الجزء الملقى قبله كاليد ونحوها قبل زوال الأكم عن الأم فينتق الشافعية والحنابلة^(٥) على دخول اليد فى ضمان الجنين فيجب فى الجزء والجنين معًا ما يجب فى سقوط الجنين مكتمل

(١) المغنى ٧/٨٠٢.

(٢) الهداية ٤/١٩٠.

(٣) تبیین الحقائق ١/٦٧.

(٤) بداية المجتهد ٢/٣١٢.

(٥) مغنى المحتاج ٤/١٠٢، المغنى ٧/٨١٤.

الأطراف. ثم لا يخلو الجنين في هذه الحالة من أن يسقط ميتاً أو حياً ثم يموت أو حياً فيبقى حياً. ونعرض لبيان مقدار الغرامة الواجبة في الجنين والجزء الملقى قبله أو بعده مباشرة من خلال المسألتين التاليتين:

المسألة الأولى: إذا سقط ميتاً أو حياً فمات:

فيرى الشافعية^(١): أن الجنين إن سقط بعد اليد أو قبلها ميتاً فالواجب فيهما الغرة، وإن سقط حياً فمات فالواجب فيه الدية.

جاء في معنى المحتاج (ولو ألفت يداً ثم جنيناً ميتاً بلا يد قبل الاندمال وزوال الألم من الأم فغرة، لأن الظاهر أن اليد مبانة منه بالجناية، أو حياً فمات من الجناية فدية ودخل فيها أرش اليد..)^(٢).

ويرى الحنابلة^(٣): أنه في حالة نزوله ميتاً فالغرة كما ذهب الشافعية وكذا إن كان حياً لا يعيش مثله وكما لو كان نزوله لأقل من ستة أشهر. فإن ألقته حياً يعيش مثله — أي بعد ستة أشهر من الحمل ففيه دية كاملة.

ففي المغنى (وإذا ضربها فألفت يداً ثم ألفت جنيناً فإن كان إلقاؤهما متقارباً أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد في ضمان الجنين، لأن الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبهه ما لو قطع يد رجل وسرى القطع إلى نفسه، ثم إن كان الجنين سقط ميتاً أو

(١) مغنى المحتاج ٤/١٠٤.

(٢) مغنى المحتاج ٤/١٠٤.

(٣) المغنى ٧/٨١٤.

حيا لا يعيش لمثله ففيه غرة، وإن ألقته حيا لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة^(١).

الفرق بين رأى الشافعية والحنابلة فى الصورة السابقة وسببه:
يلحق الحنابلة الجنين الذى نزل حيا لأقل من ستة أشهر بمن نزل ميتا فيجب فيهما الغرة، بينما يجعل الشافعية له حكم الحى فيه الدية.
وسبب ذلك أن الشافعية ينظرون إلى حياة الجنين بعد نزوله أو موته من غير تقيد بعمر معين للجنين فمتى نزل ميتا فالواجب غرة ولو كان لأكثر من ستة أشهر، ومتى نزل حيا فالواجب الدية وإن كان لأقل من ستة أشهر، أما الحنابلة فلا يأخذ الجنين عندهم حكم الحى وإن نزل حيا إلا إن كان عمره أكثر من ستة أشهر لأنه لا يعيش إن نزل قبل ذلك.
ويناقش: ما ذهب إليه الحنابلة من إلحاق الجنين الحى الذى لم يبلغ عمره ستة أشهر بالميت أو الذى لم تخلق فيه الحياة بالنسبة لقيمة الغرامة الواجبة بأن إثبات حكم الميت للحى لا دلالة عليه. وكونه لا يعيش فهذا لا يجعله فى حكم الميت بدليل إثبات الميراث له ومنه.

الترجيح:

الراجح فى هذه المسألة هو ما ذهب إليه الشافعية من أن الجنين إن نزل من بطن أمه ميتا ففيه وفى الجزء معا الغرة، وإن نزل حيا فمات أو عاش فالواجب الدية لضعف رأى الحنابلة وعدم استناده إلى دليل معقول.

(١) المغنى ٧/٨١٤.

المسألة الثانية: إذا نزل الجنين بعد الجزء حيًا ثم عاش:

فيرى الشافعية والقاضى من الحنابلة^(١): أنه يرجع فى ذلك إلى القوابل من النساء وغيرهن من الطرق التى يعرف بها وجود الحياة فى الجنين صاحب اليد عند نزولها من عدمه فإن شهد القوابل أو ثبت أن الجنين الذى انفصلت عنه اليد ونحوها كان حيًا وقت انفصالها فالواجب فى اليد نصف دية اليد، وإن ثبت بشهادة القوابل أو غيرها أن الجنين وقت انفصال اليد لم تخلق فيه الروح أو وقع الشك فى ذلك فالواجب نصف غرة.

جاء فى معنى المحتاج (فإن عاش - أى الجنين الذى سقط بعد نزول الجزء مباشرة - وشهد القوابل أو علم أنها يد من خلقت فيه الحياة فنصف دية اليد، وإن لم يشهد القوابل بذلك ولم يعلم فنصف غرة لليد عملاً باليقين)^(٢).

ونوقش: بأنه لا حاجة لشهادة القوابل هنا لأن الجنين عند انفصال اليد حى بدليل نزوله بعدها مباشرة حيًا فعاش والجنين لا يعيش قبل مضى ستة أشهر على حمله على أقل تقدير ومعلوم أن الروح تنفخ فى الجنين بعد أربعة أشهر فقط - أى أن الجنين هنا كان حيًا فى بطن أمه قبل نزوله بشهرين على الأقل وقد انفصلت اليد فى هذه المدة^(٣).

(١) معنى المحتاج ١٠٤/٤، المغنى ٨١٤/٧ - ٨١٥.

(٢) معنى المحتاج ١٠٤/٤.

(٣) المغنى ٨١٥/٧.

ويرى جمهور الحنابلة^(١): أن الجنين إذا نزل بعد اليد وقبل زوال الأكم عن الأم حيًا ثم عاش فالواجب في اليد ضمانها بالدية المقررة في قطع يد الكبير وهو كمن قطع يد رجل فاندملت. حيث إنه قد قطع يد جنين حتى ييقين.

جاء في المغنى (وإن بقى حيًا فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت وقال القاضى وبعض أصحاب الشافعى يسأل القوابل فإن قلن إنها يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية.

ولنا: أن الجنين إنما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حيًا قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق المصدوق، فى أنه تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران لأنه لا يحيى إذا وضعته لأقل من ستة أشهر والكلام مفروض فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والإسقاط مدة تزيل ظن سقوطه بها فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه...^(٢).

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه جهود الحنابلة من أن الجنين إذا نزل حيًا فعاش فالواجب في اليد دية كمن قطع يد رجل لمناقشتهم رأى الشافعية والقاضى وإثباتهم أنه لا مجال لشهادة القوابل على وجود الحياة فى الجنين عند انفصال اليد لأنه حتى ييقين بدليل بقاءه حيًا بعد نزوله مما

(١) المغنى ٧/٨١٤.

(٢) المغنى ٧/٨١٤ - ٨١٥.

يدل على أن الحياة وجدت فيه قبل شهرين على الأقل من نزوله وقد انفصلت هذه اليد في آخر هذه المدة لأن الجنين نزل بعدها مباشرة فعاش.

المطلب الثالث: إذا أُلقت جزء جنين ثم بعد مدة متراخية أُلقت الجنين: إذا تراخى نزول الجنين عن اليد أو غيرها من الأجزاء حتى زال الألم عن الأم فإن الشافعية والحنابلة^(١): يتفقون على أن الجنين هدر لا يكون مضموناً على الجاني وهو بمنزلة من قطع يد شخص ثم اندملت ثم مات المجنى عليه بعد ذلك غير أنهم يختلفون في مقدار الضمان الواجب في الجزء الملقى تبعاً لاختلافهم في اعتبار السن في الجنين الحى كما هو مذهب الحنابلة أو عدم اعتبارها كما هو مذهب الشافعية. فيرى الشافعية^(٢): أن الجنين إن سقط بعد اليد أو قبلها ميتاً فالواجب نصف غرة في اليد والجنين هدر.

فإن خرج حياً فمات أو عاش. فإذا شهد القوابل أو علم بأى وسيلة أن اليد انفصلت عن الجنين بعد نفخ الروح فيه فنصف دية. وإن لم يشهدن بذلك أو وقع الشك فالواجب نصف غرة عملاً باليقين. هذا إن خرج الجنين ناقص اليد فإن خرج مكتمل الأطراف فلا شيء فيه وفي اليد حكومة.

ففى معنى المحتاج (.... أو أُلقته بعد الاندمال وزال الألم أهدر الجنين لزوال الألم الحاصل بالجناية، ووجب لليد الملقاة قبله إن خرج ميتاً

(١) معنى المحتاج ١٠٤/٤، المعنى ٨١٥/٧.

(٢) معنى المحتاج ١٠٤/٤.

نصف غرة أو حيًا ومات أو عاش فنصف دية إن شهد القوابل أو علم أنها يد من خلقت فيه الحياة، وإن انفصل بعد إلقاء ميتًا كامل الأطراف بعد الاندمال فلا شيء فيه، وفي اليد حكومة^(١).

ويتفق رأى الحنابلة مع الشافعية^(٢): فيما لو نزل الجنين ميتا فإن الواجب في اليد نصف الغرة وكذا إن ألقته حيا بعد السنة أشهر فعاش أو مات فإنه يرجع إلى القوابل كما ذكر الشافعية.

وأما إن ألقته لأقل من ستة أشهر حيًا فمات أو لأكثر من ستة أشهر وشهد القوابل أنه وقت انفصال اليد لم تكن الروح قد نفخت فيه أو نفخت فيه ولكنه لم يبلغ ستة أشهر أو وقع الشك في ذلك فالواجب عندهم في كل ذلك نصف الغرة.

جاء في المغنى (وأما إن ألقته اليد وزال الألم ثم ألقته الجنين ضمن اليد وحدها بمنزلة من قطع يدًا فاندملت ثم مات صاحبها. ثم تنتظر فإن ألقته ميتًا أو لوقت لا يعيش لمثله ففي اليد نصف غرة لأن في جميعه غرة ففي يده نصف ديته، وإن ألقته حيًا لوقت يعيش لمثله ثم مات أو عاش وكان بين إلقاء اليد وبين إلقائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيها أرى القوابل ههنا فإن قلن: إنها يد من لم تخلق فيه الحياة وجب نصف غرة، وإن قلن إنها يد من خلقت فيه الحياة ومضى له ستة أشهر ففيه نصف الدية، وإن قيل أنها يد من خلقت الحياة فيه ولم تمض له ستة أشهر وجب فيه نصف غرة، لأنها يد من لا يجب فيه

(١) مغنى المحتاج ١٠٤/٤.

(٢) المغنى ٨١٥/٧.

أكثر من غرة، فأشبهت يد من لم تنفخ فيه روح، وإن أشكل عليهن
وجب نصف الغرة لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب مع
الشك^(١).

ويناقد: بما سبق ذكره من أنه لا عبرة بالسن في إثبات حكم الحياة
للجنين، وإنما المعول عليه وجود الحياة، ولا يعترض على ذلك بأنه
كان ينبغي على ذلك إثبات الدية في إجهاض الجنين بعد الأربعة أشهر
حتى وإن نزل ميتاً لتأكد نفخ الروح فيه، لأن عدم وجوب الدية الكاملة
في هذه الحالة ليس لأنه لا يعيش ولكن للشك في أن موته بسبب
الجنائية، فربما كان ميتاً عند وقوع الاعتداء وربما مات منه، والدية
الكاملة لا تلزم مع الشك في موجبها فأخذ بالأحوط وهو الغرة.

الترجيح:

ما ذهب إليه الشافعية من وجوب نصف الغرة في حالة نزول الجنين
متراحياً عن الجزء — اليد ونحوها — ميتاً مطلقاً ومن وجوب نصف
الدية إذا خرج حياً فعاش أو مات إذا شهد القوابل بأن اليد يد من
وجدت فيه الروح، ووجوب نصف الغرة في عكسها أو الشك في ذلك
هو الراجح لما سبق قوله من أن العبرة بتحقق وجود الحياة وقت
الاعتداء من عدمها من غير نظر إلى سن معينة يعيش مثله فيها أو لا.

(١) المرجع السابق.

المبحث الرابع العاقلة وتحملها للغرة

الغرامة الواجبة في إجهاض الجنين يختلف الفقهاء في الغارم لها، هل هو الجانى نفسه أو عاقلته؟ ونعرض في هذا المبحث للحديث عن العاقلة والمراد بها مدى تحملها لجناية الجانى في جريمة الإجهاض، ومقدار ما يتحملة الفرد منها، وما يتعلق بذلك من أحكام من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف العاقلة

أولاً: تعريف العاقلة في اللغة:

العاقلة جمع عاقل، وهو دافع الدية وسميت الدية عقلاً تسمية بالمصدر، لأن الإبل كانت تعقل بفناء ولى المقتول، ثم كثر الاستعمال حتى أطلق العقل على الدية، وإن لم تكن من الإبل، وقيل إنما سميت بذلك لأنها تعقل لسان ولى المقتول، أو من العقل وهو المنع، لأن العشيرة كانت تمنع القاتل في الجاهلية بالسيف، ثم منعت عنه بالمال في الإسلام^(١).

ثانياً: المراد بالعاقلة عند الفقهاء:

يرى الحنفية والمالكية^(٢): أن العاقلة هم أهل الديوان ويقصد بهم أفراد الجيش إن كان القاتل منهم، فإن لم يكن منهم فعاقلته هم جميع قبيلته من النسب، فإن لم تكف القبيلة ضم إلى قبيلة القاتل أقرب القبائل نسباً.

(١) المصباح المنير ١٥٧/٣، وينظر المغنى ٧٨٤/٧.

(٢) الهداية ٢٢٥/٤، المبسوط ١٢٥/٢٧، ١٢٦، بلغة السالك ٤٠٥/٢، التاج والإكليل ٢٦٦/٦.

جاء في الهداية والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان، يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين، وأهل الديوان أهل الرايات، وهم الجيش الذين كتبت أساميتهم في الديوان^(١) ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم.

وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل^(٢) أى فى النسب واستدل الحنفية على أن عاقلة القاتل هم أفراد الجيش إن كان هو منه، بما روى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - حين دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة، ولم ينقل أن أحدًا من الصحابة عارضه فى ذلك، ولأن العقل فيه معنى التناصر، وهؤلاء هم الذين ينصرونه^(٣).

ونوقش: بأن هذا نسخ لما كان فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ولا يصح من عمر ولا غيره^(٤).

وأجيب عنه: بأنه ليس بنسخ وإنما هو توسع فى معنى النصر، فقد كانت فى القرابة فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم ثم أصبحت النصر فى عهد - عمر - رضى الله عنه فى الجيش فجعل الدية فيهم

(١) لا يقتصر الديوان على أفراد الجيش بل أهل الديوان ثلاثة أصناف أفراد الجيش، ذوى الولايات كالقضاة والعلماء، ذوى الحاجات الذين يأخذون رزقهم من الديوان، يراجع: الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٧٥، السياسة الشرعية لابن القيم ص ٤٤، ٤٥، بلغة السالك ٤٠٤/٢.

(٢) الهداية ٢٢٥/٤ - ٢٢٦.

(٣) مصنف عبد الرزاق ٤٢٠/٩، مصنف ابن أبى شيبة ٤٨٤/٩.

(٤) يراجع: المغنى ٧٨٦/٧، بداية المجتهد ٣٠٩/٢.

تبعًا للنصرة، ولهذا إن كان النصره في أهل الحرف فالدية عليهم^(١) أى أن الدية تدور مع النصره.

ويرى جمهور الفقهاء^(٢): أن العاقلة هم عصابة القاتل الأقرباء من جهة الأب كالأعمام وبنينهم، والأخوة وبنينهم، ويقسم الواجب عليهم الأقرب فالأقرب على ترتيب المواريث، فتقسم على الإخوة وبنينهم، والأعمام وبنينهم، ثم أعمام الأب وبنينهم، ثم أعمام الجد وبنينهم.

واستدلوا على ذلك: بما روى عن أبي هريرة — رضى الله عنه — قال: "اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بدية المرأة على عاقلتها، وورثها ولداها ومن معهم، ثم إن المرأة التى قضى عليها بالغرة توفيت، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن ميراثها لبنيتها وزوجها، وأن العقل على عصبتها"^(٣). ولأن الناس كانوا يتعاقلون قبل وجود الدواوين^(٤).

جاء فى بداية المجتهد: (وأما من هم العاقلة؟ فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز انفقوا على أن العاقلة هى القرابة من قبل الأب وهم العصابة دون أهل الديوان، وقال أبو حنيفة وأصحابه: العاقلة هم أهل

(١) الهداية ٢٢٥/٤.

(٢) بداية المجتهد ٣٠٩/٢، مغنى المحتاج ٩٦/٤، المهذب ٢٧٢/٢ — ٢٧٣، المغنى ٧٨٦/٧.

(٣) صحيح مسلم — ديات — باب دية الجنين ووجوب الدية فى قتل الخطأ وشبه العمد على عاقلة الجانى ٤٤/٢.

(٤) بداية المجتهد ٣٠٩/٢.

ديوانه إن كان من أهل الديوان، وعمدة أهل الحجاز أنه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هناك ديوان وإنما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب^(١).

وفي المغنى: (ولا مدخل لأهل الديوان في العاقلة وبهذا قال الشافعي...ولنا: أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة...واتفاق المذاهب وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء عمر، على أنه إن صح ما ذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القائل)^(٢).

ويناقش: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول أن العاقلة هم القرابة ولا مدخل لأهل الديوان من القول بأن العاقلة هم القرابة ولا مدخل لأهل الديوان فيها، من ثلاثة أوجه:

الأول: بما سبق ذكره من أن فعل عمر - رضى الله عنه - وهو ما استدل به الحنفية ليس من قبيل النسخ وإنما هو من قبيل تغير الحكم بتغير علته حيث تغير معنى النصره وانتقل من القرابة إلى الجيش فانقل العقل منهم إلى أفرادهم.

الثاني: أن حكم عمر أو غيره من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بحكم يخالف ما كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر لا يعد موجباً لترك العمل به فمن المعلوم أن عمر - رضى الله عنه - أوقف الصرف إلى المؤلفلة قلوبهم وانعقد الإجماع على ذلك إلى يومنا

(١) بداية المجتهد ٣٠٩/٢.

(٢) المغنى ٧٨٦/٧.

هذا والصرف لهم ثابت بالكتاب والسنة وما زال الرسول صلى الله عليه وسلم يعطيهم حتى مات صلى الله عليه وسلم وما زال إلا لتغيير المصلحة في عهد أبي بكر حين امتنع عمر من الصرف لهم عنها في زمن النبي صلى الله عليه وسلم.

الثالث: أن حمل فعل عمر — رضى الله عنه — على أن أفراد الجيش الذين جعل عمر فيهم الدية هم أهل القاتل وعشيرته كما ذكر ابن قدامة بعيد. فإنه يبعد أن يكون جميع أفراد الجيش ونحوهم من القضاة والولاء، ومن يرتزقون من الدواوين من عشيرة قاتل بعينه، بل هم عشائر، لأن الدواوين يقيد فيها جميع من يرتزقون منها من أفراد الدولة وليس قبيلة أو عشيرة بعينها، ويندر أن تتفق مثلا شروط المقاتلة على جميع أفراد عشيرة رجل بعينه.

الترجيح:

ما ذهب إليه الحنفية من القول بأن العاقلة هم أهل النصر. فإن كان من الجيش فأفراده هم عاقلته، وإن كان من أهل الحرف فأهل الحرف هم عاقلته، فإن لم يكن فقبيلته فإن قل عددهم فأقرب القبائل نسبا إلى قبيلته هو الراجح.

لأن هذا هو الذى يتفق مع ما شرع العقل من أجله وهو التناصر، فما ذكره الحنفية على ترتيبهم المذكور يتفق تماما مع تصور التناصر بين الجانى وزملائه فى الجيش أو المهنة أو الصفة، وقد يكثر نصر هؤلاء له أكثر من أفراد قبيلته، ثم عن ما ذكره الحنفية لا يتعارض مع قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن المرأة المقضى على عاقلتها بالغررة

لم تكن من أهل الديوان أصلاً، وأنها ليست من المقاتلة، ولأن الدواوين لم تكن دونت بعد، والحنفية لم يتركوا العمل به وإنما جمعوا بينه وبين قضاء عمر - رضى الله عنه - لما جد في مفهوم التناصر.

المطلب الثاني: دخول الآباء والأبناء في العاقلة:

يري بعض الحنفية والمالكية والحنابلة - في رواية^(١): أن العاقلة هم جميع عصابة القاتل ويدخل فيهم الآباء والأبناء من العصابة فأشبهوا الإخوة والأعمام.

واستدلوا: علي ذلك بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: "قضي ﷺ أن عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئاً إلا ما فضل عن ورثتها، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها"^(٢) ولأن العقل مرجعه إلي التناصر وهؤلاء من أهله الذين ينصرونه.

جاء في الهداية (وأما الآباء والأبناء فقليل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتي لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة - أي دراهم - وهذا المعني إنما يتحقق عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثر^(٣)).

وفي بداية المجتهد (وأما من هم العاقلة؟ فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا علي أن العاقلة هي القرابة من قبل الأب، وهم العصابة دون أهل الديوان)^(٤).

(١) الهداية ٢٢٦/٤، المبسوط ١٢٧/٢٧، بداية المجتهد ٢/٣٠٩، بلغة السالك والشرح الصغير ٢/٤٠٥، المغني ٧/٧٨٤.

(٢) سنن أبي داود - ديات - ديات الأعضاء ٢/٤٩٦ ط الأولى مصطفى الحلبي.

(٣) الهداية ٤/٢٢٦.

(٤) بداية المجتهد ٢/٣٠٩.

وفي الشرح الصغير (الأقرب يقدم من العصابة فالأقرب علي ترتيب
النكاح، فإذا أكمل من الأبناء سبعمائة فلا يدفع أولادهم شيئاً، وإن نقص
كامل من أبناء الأبناء وهكذا، والجد يؤخر عن بني الأخوة هنا) (١)
فظاهر من النصين دخول الآباء والأبناء في العاقلة عند المالكية.
وفي المغني (واختلف في الآباء والبنين هل هم من العاقلة أو لا؟ وعن
أحمد في ذلك روايتان، أحدهما: كل العصابة من العاقلة يدخل فيه آباء
القاتل وأبناؤه وإخوته وعمومته وأبناؤهم) (٢).
ويري بعض الحنفية والشافعية والحنابلة في الرواية الثانية (٣) أن
الآباء والأبناء لا يدخلون في العاقلة.

ويستدلون علي ذلك: بما روي عن أبي هريرة قال: (اقتلت امرأتان
من هذيل فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاختموا إلي رسول الله ﷺ
فقضى بدية المرأة علي عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم) (٤).
وفي رواية " ثم ماتت القاتلة فجعل النبي ﷺ ميراثها لبنيتها والعقل علي
العصابة" (٥)

ووجه الدلالة: أن الرسول ﷺ جعل الغنم للأبناء والغرم علي العاقلة،
مما يدل علي أن الأبناء لا يغرمون إنما يغنمون، وإذا ثبت هذا في
الأبناء فالآباء يقاسون عليهم (٦)

(١) الشرح الصغير بهامش البلغة ٢ / ٤٠٥ .

(٢) المغني ٧ / ٧٨٤ .

(٣) الهداية ٤ / ٢٢٦ ، المبسوط ٢٧ / ١٢٧ ، مغني المحتاج ٤ / ٩٥ ، المغني ٧ / ٧٨٤ .

(٤) سبق تخريج الرواية انظر ص ١٢٩ .

(٥) سبق تخريج الرواية انظر ص ١٢٩ .

(٦) المغني ٧ / ٧٨٤ .

جاء في المغني (والرواية الثانية ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة، وهو قول الشافعي لما روي أبو هريرة: اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاختصموا إلي رسول الله ﷺ فقضى بدية المرأة علي عاقلتها وورثها ولدا ومن معهم) متفق عليه، وفي رواية ثم ماتت القاتلة فجعل النبي ﷺ ميراثها لبنيها والعقل علي العصابة رواه أبو داود والنسائي، وفي رواية عن جابر بن عبد الله قال: فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة علي عاقلتها وبرأ زوجها وولدها، قال: فقالت عاقلة المقتولة ميراثها لنا، فقال رسول الله ﷺ ميراثها لزوجها وولدها. رواه أبو داود^(١)، وإذا ثبت هذا في الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه في معناه..^(٢).

ويناقش: بأن ما ذكر من الروايات لا دلالة فيه علي عدم دخول الأبناء في العاقلة، وإنما غاية ما تدل عليه أنهم اختصوا هم والزوج بميراث القاتلة بعد موتها بينما تحملت العاقلة الدية واختصاص الأبناء بالميراث دون بقية العاقلة من الإخوة والأعمام بدهي لأنهم يحجبون بهم علي ما هو معروف في علم الميراث. أما الزوج فإنه ليس من العاقلة أصلاً لأنه لا يعصب وإنما يرث بالفرض فقط، وإذا ثبت هذا في الميراث فلا يمنع من دخول الأبناء وكذا الآباء مع بقية العاقلة ممن لا يرثون في تحمل الغرامة الواجبة من الدية ونحوها لأنه لا تلزم بين حق الإرث

(١) سنن أبي داود - الديات - دية الجنين ٢ / ٤٩٨ ط الأولي مصطفى الحلبي .

(٢) المغني ٧ / ٧٨٤ .

ووجوب الضمان، أما المذكور في رواية جابر من أن الرسول برأ زوجها وولدها من تحمل الدية.

فيناقش من وجهين:

الأول: أنها لا تقوي علي معارضة الروايات الصحيحة المتفق عليها، وليس فيها تعرض لهذه الزيادة.

الثاني: علي فرض التسليم بصحة هذه الرواية فالإشكال فيها مقصور علي إعفاء الولد لأن الزوج ليس من العاقلة، وإعفاء الولد يحتمل لأنه كان فقيراً وما ورثه عن أمه لم يخرجها عن حد الفقر، والفقير من العاقلة لا يغرم شيئاً.

واستدلوا من المعقول: بأن المعني الذي جعلت من أجله الدية أو الغرة علي العاقلة لا يتحقق في الأبناء أو الآباء حيث إنها جعلت في العاقلة لكثرتهم حتي لا يصيب الواحد فيهم أكثر من ثلاثة أو أربعة دراهم والأبناء والآباء قلة (١).

ويناقش: بأن هذا يصح لو كان الكلام في اختصاص الآباء والأبناء بتحمل الغرامة، وانفرادهم بالعقل وليس هذا هو محل النزاع، وإنما النزاع في انضمام الأبناء والآباء إلي بقية العاقلة، ومما لا شك أن انضمام الأبناء والآباء إلي العاقلة ينفي الحرج ويتحقق به المعني المقصود من جعل الدية أو الغرة علي العاقلة حيث إنهم يكثرون أفراد العاقلة.

(١) الهداية ٤ / ٢٢٦ .

الترجيح: الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من الحنفية ومن وافقهم القول بأن الأبناء والآباء يدخلون في العاقلة لقوة ما استدلوا به، ولمناقشة ما استدل به خصومهم وبيان أنه لا حجة فيه علي خروج الأبناء والآباء من العاقلة، بل هم في الحقيقة أولي بتحمل نصيبهم من الغرامة من بقية أفراد العاقلة، لأنهم يغنمون ميراث من يعقلون عنه بعد موته، وقد لا يغنم بقية أفراد العاقلة شيئاً للحجب بهم، ومن له الغنم أولي بتحمل الغرم ممن يختص بالغرم فقط وهم بقية العاقلة، كما أن المعني الذي جعل من أجله العقل متحقق في الأبناء والآباء أكثر من غيرهم لأنهم أكثر نصراً له من سائر العاقلة.

المطلب الثالث: مقدار ما يتحملة الفرد من العاقلة

يختلف الفقهاء في القدر الذي يتحملة الفرد من العاقلة من الغرامة الواجبة.

فيري الحنفية^(١): أن كل واحد من العاقلة يؤخذ منه ما لا يزيد علي ثلاثة أو أربعة دراهم ويجوز أقل من ذلك، لأن الأخذ منهم علي وجه الصلة والتبرع تخفيفاً علي القاتل، فلا يجوز التغليب عليهم بالتخفيف عنه.

جاء في الهداية (وأما الآباء والأبناء فقليل يدخلون، وقليل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتي لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة)^(٢).

(١) الهداية ٤ / ٢٢٦ .

(٢) الهداية ٤ / ٢٢٦ .

ويناقش: بأن التقدير بالثلاثة أو أربعة دراهم ليس فيه نص يوجب التقيد به وعدم الزيادة عليه.

ويري الشافعية والحنابلة في رواية (١): أنه يؤخذ من كل واحد من العاقلة نصف دينار إذا كان غنياً، ومن المتوسط ربع دينار، ولا ينقص عن ذلك لأن ما دون ذلك تافه لا تقطع فيه اليد في السرقة.

جاء في مغني المحتاج (وعلي الغني من العاقلة وهو من يملك فاضلاً عما يبقى له في الكفارة عشرين ديناراً أو قدرها اعتباراً بالزكاة في نصف دينار علي أهل الذهب أو قدره دراهم علي أهل الفضة، وهو ستة منها لأن ذلك أولي درجة المواساة في زكاة النقد، والزيادة عليه لا ضابط لها، وعلي المتوسط منهم وهو من يملك فاضلاً عما ذكر دون العشرين ديناراً أو قدرها ربع دينار أو ثلاثة دراهم لثلاثا يبقى فقيراً) (٢).

ويناقش: بما نوقش به الحنفية بأن التحديد علي الغني بنصف دينار وعلي المتوسط ربع دينار لا دليل عليه فهو تحديد بلا محدد وهو تحكم.

كما يناقش: ما ذكره من أن الأقل من هذا التقدير أي ربع دينار تافه لا تقطع به اليد في السرقة فلا يقبل من الواحد من العاقلة (٣) بأن قياس ما يتحملة الفرد من العاقلة علي ما تقطع به اليد في السرقة غير

(١) مغني المحتاج ٤/ ٩٩ ، المغني ٧/ ٧٨٩ .

(٢) مغني المحتاج ٤/ ٩٩ .

(٣) التاج والإكليل ٦/ ٢٦٦ ، المغني ٧/ ٧٨٨ - ٧٨٩ .

صحيح ولا وجه له فإن السرقة جناية والعقل إعانة ومواساة للجاني فافترقا. ثم إن الأقل من ربع الدينار وإن كان تافهاً إلا أنه بضمه إلي ما يتحملة بقية أفراد العاقلة لا يكون تافهاً.

ويري المالكية والحنابلة في صحيح المذهب (١): أن الحاكم يجتهد في ذلك فيفرض علي كل واحد من العاقلة علي حسب قدرته المادية لقوله تعالي (لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا) (٢) ولأن في تعيين مقدار معين حرج شديد فقد لا يستطيع بعضهم تحمله وهو لا يجوز ومنفي عن المؤمنين لقوله تعالي (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) (٣).

قال ابن قدامه: (واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم فقال أحمد يحملون علي قدر ما يطيقون. فعلي هذا لا يتقدر شرعاً، وإنما يرجع فيه إلي اجتهاد الحاكم فيفرض علي كل واحد قدرأً يسهل ولا يؤذي وهذا مذهب مالك لأن التقدير لا يثبت إلا بتوفيق ولا يثبت بالرأي والتحكّم ولا نص في هذه المسألة، فوجب الرجوع فيها إلي اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات، وعن أحمد رواية أخرى أنه يفرض علي الموسر نصف متقال لأنه أقل مال يقدر في الزكاة فكان معتبراً بها ويجب علي المتوسط ربع متقال لأن ما دون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فيه.. والصحيح الأول) (٤).

(١) التاج والإكليل ٦ / ٢٢٦ ، المغني ٧٨٨ - ٧٨٩ .

(٢) من الآية ٢٨٦ من سورة البقرة .

(٣) من الآية ٧٨ من سورة الحج .

(٤) المغني ٧ / ٧٨٨ - ٧٨٩ .

الترجيح:

ما ذهب إليه المالكية والحنابلة في الصحيح عندهم من عدم التقييد بحد معين يفرض علي الفرد من العاقلة هو الراجح لعدم وجود النص المحدد، ولا يجوز التحديد بغير محدد من قبل الشرع.

المطلب الرابع: تحمل العاقلة للغرة الواجبة بإجهاض الجنين

بعد الحديث عن معني العاقلة، ومن يدخل فيها ومن لا يدخل، ومقدار ما يحتمله الفرد من الغرامة فيما تحمله العاقلة من جنائيات الجاني بصفة عامة كالقتل الخطأ وشبه العمد، نعرض في هذا المطلب لبيان رأي الفقهاء في تحمل العاقلة للغرة الواجبة بإجهاض الجنين لجنين امرأة، حيث إن الفقهاء يختلفون حول تحمل العاقلة لهذه الجنائية.

فيرى الحنفية والشافعية في صحيح المذهب (١): أن الغرة تجب علي عاقلة الجاني.

واستدلوا علي ذلك: بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه - قال: " اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلي رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة علي عاقلتها، وورثها ولدها ومن معهم. فقال حمل بن النابغة الهذلي: يا رسول الله كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل فمثل ذلك يطل (٢)؟

(١) تبيين الحقائق ٦ / ١٣٩ ، الهداية ٤ / ١٨٩ ، مغني المحتاج ٤ / ١٠٥ ، سبل السلام ٣ / ١١٩٥ .

(٢) يطل . بالمشاء التحتية مضمومة وتشديد اللام معناه يهدر ويلغي ولا يضمن ، ويروي بالموحدة وعدم

تشديد اللام - بطل - علي أنه من البطلان . سبل السلام ٣ / ١١٩٥ ، شرح الزرقاني ٤ / ١٨٣ .

فقال رسول الله ﷺ إنما هذا من إخوان الكهان من أجل سجعه الذي سجع. "وفي رواية" فقال قائل كيف نعقل؟ ولم يسم بن مالك" (١).

ووجه الدلالة: ظاهر من الحديث أن رسول الله ﷺ جعل الغرة الواجبة بقتل الجنين علي عاقلة الجاني وليس علي الجاني نفسه.

ويروي المالكية والحسن البصري (٢): أن الغرة تجب علي الجاني نفسه ولا تحمل العاقلة منها شيئاً.

واستدلوا علي ذلك: بقوله تعالي (لَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَاقِبَتَهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) (٣).

ووجه الدلالة: أن الجاني يحمل تبعه جنائته ولا يتحملها غيره من العاقلة أو غيرها لأنها ليست جانية.

ويناقش من وجهين:

الأول: بأن المراد عدم تحمل الإثم أو المؤاخذة عليه في الآخرة، وليس غرامة الدنيا.

الثاني: أن الاستدلال بهذا الوجه يعكّر عليه تحمل العاقلة للدية في بعض الجنايات كالخطأ وشبه العمد حتي عند المالكية أنفسهم (٤).

واستدلوا من السنة: بما روي عن سعيد بن المسيب. أن رسول الله ﷺ قضى في الجنين يقتل في بطن أمه بغرة عبد أو وليدة فقال قضى

(١) صحيح مسلم - القسامة والمحاربين - ... - دية الجنين ٢ / ٤٤ .

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٣١٢ ، شرح الزرقاني ٤ / ٢٨٢ .

(٣) من الآية ١٦٤ من سورة الأنعام .

(٤) يراجع بداية المجتهد ٢ / ٣٠٩ .

عليه: كيف أغرم ما لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك بطل؟! فقال رسول الله ﷺ إنما هذا من إخوان الكهان^(١).

ووجه الدلالة: أن قوله -فقال الذي قضى عليه- دليل علي أن الغرة إنما يقضي بها علي الجاني دون سواه^(٢).

ويناقش من وجهين:

الأول: بأن القائل هنا لم يكن جانباً أصلاً بل هو من العاقلة بدليل رواية الإمام مسلم التي استدلت بها الحنفية ومن وافقهم والتي تدل علي أنه كان من العاقلة كما أن للإمام البخاري روايات في معناها تؤيد ذلك^(٣).

الثاني: يؤكد هذا أن بعض روايات هذا الحديث فيها فقال ولي المرأة التي غرمت -أي غرمت الغرة- مما يدل علي أن المرأة هي الجانية وليس القائل^(٤).

ويري الحنابلة^(٥): أن العاقلة تحمل الغرة في حالة موت الجنين مع الأم، وكون الجناية الواقعة علي الأم خطأ أو شبه عمد. أما إذا كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده، لم تحمل العاقلة وإنما يغرّمها الجاني وحده.

جاء في المغني (وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه نص عليه أحمد إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد لما روي المغيرة

(١) موطأ الإمام مالك بشرح الزرقاني ٤/ ١٨٢ حديث رقم ١٦٥٩ .

(٢) شرح الزرقاني علي الموطأ ٤/ ١٨٢ .

(٣) يراجع صحيح البخاري -حيات- جنين المرأة .. ٤/ ١٩٣ .

(٤) شرح الزرقاني ٤/ ١٨٢ .

(٥) المغني ٧/ ٨٠٦ .

بن شعبة أن رسول الله ﷺ قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة علي عصابة القاتلة، وإن كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة) (١).

ويناقش: بأن الحديث الذي استدلوا به لا دلالة فيه علي عدم تحمل العاقلة للغرة في حالة كون الجناية علي الأم عمداً أو موت الجنين دون الأم. بل إنه يدل علي أن العاقلة تحمل الغرة مطلقاً. ولعلمهم فرقوا بين الجناية العمدية علي الأم وبين شبه العمد والخطأ لأن دية العمد تكون علي القاتل وليس العاقلة وليس هذا هو محل الخلاف وإنما الخلاف في غرة الجنين وليس في دية المرأة وقد تكون الجناية عمدية علي الأم ولا تكون كذلك بالنسبة للجنين كما لو لم يقصد بجناية الجنين أصلاً. أما تفريقهم بين موت الجنين مع الأم وبين موت الجنين وحده فلا وجه له. ويرى الظاهرية (٢): أن الإجهاض للجنين إن كان قبل نفخ الروح فيه فالغرة علي الجاني في العمد والخطأ. وإن كان بعد نفخ الروح فالغرة علي العاقلة في الخطأ والقصاص من الجاني في العمد. واستدلوا علي ذلك: بما روي أن امرأة كانت حبلي فذهبت تستدخل فألقت ولدها فقال إبراهيم النخعي: عليها عتق رقبة ولزوجها عليها غرة عبد أو أمة (٣).

(١) المغني ٧ / ٨٠٦ .

(٢) المحلي ١١ / ٣١ .

(٣) المحلي ١١ / ٣١ .

وبما روي عنه أيضاً أنه قال: في امرأة شربت دواء فأسقطت قال:
تعتق رقبة وتعطي أباه غرة (١).

ويناقش: بأن الحجة في قضاء رسول الله ﷺ وليس في قضاء غيره إذا
ثبت مخالفته لقضاء رسول الله ﷺ بالغرة وقد قضى رسول الله ﷺ
بالغرة علي العاقلة من غير فرق بين جنين نفخت فيه الروح وآخر لم
تنفخ فيه، ولو وجد الفرق لنص عليه ﷺ ولم يتركه للاجتهاد لأهميته.
الترجيح:

ما ذهب إليه الحنفية والشافعية من أن الغرة تجب علي العاقلة متي
قضي بها هو الراجح لقوة ما استدلوا به من السنة ولعدم سلامة أدلة
المخالفين من الاعتراض. مع مراعاة أن الحنفية يقولون بأن العاقلة هم
أفراد الجيش إن كان القاتل للجنين جندياً أو أهل الصفة إن كان منهم.
وأن الشافعية يقولون بأن العاقلة هم عصابة الجاني فقط كما سبق بيانه.
وأن الشافعية يرون عدم اشتراك الجاني مع العاقلة في تحمل الغرة كما
يأتي بيانه.

المطلب الخامس: اشتراك الجاني مع العاقلة في تحمل الغرة.

اختلف القائلون بوجوب الغرة علي العاقلة في مشاركة الجاني للعاقلة
في تحمل الغرة.

فيري الحنفية (٢): أن الجاني يلزمه من الدية أو الغرة ما يلزم أحد
أفراد العاقلة. لأن الوجوب عليهم باعتبار نصرتهم له، ولا شك في أنه

(١) المحطى ١١ / ٣١ .

(٢) البدائع ٧ / ٢٥٦ ، المبسوط ٢٧ / ١٢٦ .

ينصر نفسه كما ينصره غيره. كما أن العاقلة تتحمل جناية وجدت منه فكان هو أحق بالتحمل منهم.

جاء في البدائع (ويدخل القاتل مع العاقلة، ويكون فيما يؤدي كأحدهم، لأن العاقلة تتحمل جناية وجدت منه، وضماناً وجب عليه فكان هو أولي بالتحمل) (١).

ويري الشافعية والحنابلة (٢): أن الجاني لا يؤدي شيئاً من الغرة مع العاقلة واستدلوا علي ذلك:

بما رُوِيَ عن أبي هريرة - أن النبي ﷺ قضى بدية المرأة علي عاقلتها.

ووجه الدلالة: أن قضاء الرسول ﷺ بالدية علي العاقلة يقتضي أنهم يختصون بها.

ولأن الجناية التي تحملها العاقلة لم يلزم فيها القاتل بالغرامة من الدية أو الغرة فلا يلزمه بعضها. لأن الجاني تلزمه الكفارة وهي غرامة مالية تجب عليه في ماله، وهذا يعدل ما يدفعه الواحد من العاقلة ويزيد عليه فلا حاجة إلي إيجاب شيء من الدية عليه.

(١) البدائع ٧ / ٢٥٦.

(٢) الأم ٦ / ١٠١، المغني ٧ / ٢٥٦.

القامين

الفصل الأول

عقد التأمين بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي

عقود التأمين وإعادة التأمين (١)

مدخل: الأمن في اللغة

المادة الثلاثية (أم ن) هي مادة واحدة ، وإن تعددت صور الاشتقاق ، فالأمن : ضد الخوف ونقيضه في التنزيل ﴿وَأَمْنُهُمْ مِنْ خَوْفٍ﴾ ﴿أَوْلَانِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ﴾ قرآن كريم .
والأمانة : ضد الخيانة .

والإيمان ضد الكفر . وهو بمعنى التصديق : ضد التكذيب .
وأمن فلان يأمن أمناً وأمناً وأماناً فهو أمن والأمنة الأمن ، ومنه (أمنة نعاساً) وتقول (أوتئمت فلان) صار مؤتمناً . و(استؤمن إليه) وظل في أمانه ، و (استأمنني فلان فأمنته أومنه إيماناً) أي طلب الأمان . وفي الحديث "المؤذن مؤتمن" . ومؤتمن القوم الذي يتقونه ويتخذونه أميناً حافظاً ، والأمين هو الحافظ الحارس الذي يتولى رقابة شيء وقالوا : (أعطيت فلاناً من أمن مالي) ، أي من خالص مالي .
وقالوا : ما أمن أمنتك وإمناك : أي دينك وخلقك .
وفي التنزيل (وهذا البلد الأمين) أي الأمن والمراد مكة المكرمة .
وقوله (إن المتقين في مقام أمين) أي في أمن من الغير .

(١) د/ محمد عبد اللطيف صالح الفرغور - مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢ / ٢ .

وقوله (فَلْيَغْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ (٣) الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَأَمَنَّهُمْ مِنْ خَوْفٍ) (قريش ٣-٤) . وفي الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً أتى النبي ﷺ فسأله عن المسلم والمجاهد والحاج ، ثم سأله عن المؤمن فقال عليه السلام : المؤمن من ائتمنه الناس علي أموالهم وأنفسهم .

وفي الحديث الذي رواه أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال "المؤمن من أمنه الناس والمسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده . والمهاجر من هاجر سوء . والذي نفسي بيده لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه) .

وفي حديث جابر مرفوعاً " ما آمن بي من بات شبعان وجاره جائع " . قال ثعلب : إن معني الحديث : ما آمن شديد الإيمان ... وذلك مخافة أن يحمل القول علي نفي الإيمان نفياً تاماً عنه .

وقال ابن الأثير عند الكلام عن اسم الله تعالى (المؤمن) : هو الذي يصدق عباده وعده ، فهو من الإيمان والتصديق ، أو يؤمنه في القيامة من عذابه فهو من الأمان ضد الخوف .

قلت : وفي هذا من الربط بين الإيمان وبين التراحم بين الناس ما يرق فوق كل شيء ، فالأمن والائتمان وكل صور الاشتقاق راجعة كما تري إلي الإيمان) .

أولاً: تصوّر الموضوع وتحرير محل الخلاف فيه :

تصوّر موضوع التأمين :

نظام التأمين وفقاً لنظريته العامة في نظر الاقتصاد هو (نظام تعاقدى على أساس المعاوضة . غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بوساطة هيئات منظمة تزاوّل عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية) وجاء في المادة ٧١٣ من القانون المدني المصري القديم و ٧٤٧ من القانون المدني المصري الجديد مع بعض تحويل في الصياغة أن عقد التأمين : (هو عقد بين طرفين أحدهما يسمى المؤمن والثاني المؤمن له (أو المستأمن) يلتزم فيه المؤمن بأن يؤدي إلي المؤمن لمصلحته مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع حادث أو تحقق خطر مبين في العقد، وذلك في مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له إلي المؤمن).

وفي العصر الحاضر لا يقوم بالتأمين فرد نحو فرد بل تقوم به شركات مساهمة كبيرة يتعامل معها عدد ضخم من المستأمن ، فيجتمع لها مبالغ كبيرة من أقساط التأمين ، وتؤدي من هذه الأقساط المجتمعة ما يستحق عليها من تعويضات عند وقوع الحوادث المؤمن منها ، ويبقى رأس مالها سناً احتياطياً ، ويتكون ربحها من الفرق بين ما تجمعها من أقساط وما تدفعه من تعويضات .

والتأمين بمعناه الحقيقي المتعارف عليه عقد حديث النشأة في العالم فهو لم يظهر إلا في القرن الرابع عشر الميلادي في إيطاليا حيث وجد بعض الأشخاص الذين يتعهدون بتحمل جميع الأخطار البحرية التي

تتعرض لها السفن أو حمولتها نظير مبلغ معين (التأمين البحري) ، ثم ظهر بعده التأمين من الحريق ، ثم التأمين علي الحياة ، ثم انتشر بعد ذلك التأمين وتنوع حتي شمل جميع نواحي الحياة ، فأضحت شركات التأمين تؤمّن الأفراد من كل خطر يتعرضون له في أشخاصهم وأموالهم ومسؤولياتهم بل أضحت بعض الحكومات تجبر رعاياها علي بعض أنواع التأمين .

- أنواع التأمين :

(١) ينقسم التأمين من حيث شكله إلي تأمين تعاوني ، أو تأمين بالاكنتاب ، وتأمين بقسط ثابت :

١- التأمين التعاوني (أو التبادلي) (أو بالاكنتاب) :

في هذا النوع من التأمين يجتمع عدة أشخاص معرضين لأخطار متشابهة فيدفع كل منهم اشتراكاً معيناً ، وتخصّص هذه الاشتراكات لأداء التعويض المستحق لمن يصيبه الضرر ، وإذا زادت الاشتراكات علي ما صرف من تعويض كان للأعضاء حق استردادها ، وإذا نقصت طوّلب الأعضاء باشتراك إضافي لتغطية العجز أو أنقصت التعويضات المستحقة بنسبة العجز ، وأعضاء شركة التأمين التعاوني لا يسعون إلي تحقيق ربح ، بل إلي تخفيف الخسائر التي تلحق بعض الأعضاء ، فهم يتعاقدون ليتعاونوا علي تحمل مصيبة قد تحل ببعضهم ، وتدار الشركة بواسطة أعضائها ، فكل واحد منهم يكون مؤمناً ومؤمناً له .

٢- التأمين بقسط ثابت :

في هذا النوع من التأمين : وهو النوع السائد الآن الذي تتصرف إليه كلمة التأمين لدي إطلاقها ، يلتزم المؤمن له بدفع قسط محدد إلي المؤمن ، وهو الشركة التي يتكون أفرادها من مساهمين آخرين غير المؤمن لهم ، وهؤلاء المساهمون هم المستفيدون بأرباح الشركة ، ففي التأمين بقسط ثابت يكون المؤمن له غير المؤمن الذي يسعى دائماً إلي الربح ، بخلاف التأمين التعاوني الذي لا يسعى إلي الربح أبداً . وإنما غاية أفراد التعاون علي تحمل المخاطر ، وهذا الهدف الإنساني النبيل لا يوجد إلا في التأمين التعاوني ولا يوجد البتة في التأمين بقسط ثابت ولو قال بذلك بعض رجال القانون كالدكتور السنهوري وغيره ، فالفكرة الاسترباحية البحتة هي الأساس هنا والفكرة التعاونية غلاف براق لها فقط .

(ب) وينقسم التأمين من حيث موضوعه إلي قسمين رئيسيين :

١- تأمين الأضرار :

وهو يتناول المخاطر التي تؤثر في ذمة المؤمن له ، والغرض منه تعويض الخسارة التي تلحق المؤمن له بسبب الحادث وهو ينقسم إلي قسمين :

- التأمين علي الأشياء : ويراد به ضمان المؤمن له من الخسارة التي تلحقه في ماله كالتأمين من الحريق والسرقة .

- والتأمين من المسؤولية : ويراد به ضمان المؤمن له ضد الرجوع الذي قد يتعرض له من جانب الغير بسبب ما أصابهم من ضرر يسأل عن التعويض عنه ، وأهم صورته تأمين المسؤولية الناشئة من حوادث السيارات أو من حوادث العمل .

وفي تأمين الأضرار يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عند حدوث الكارثة في حدود مبلغ التأمين . أي إن المؤمن يدفع للمؤمن له أقل المبلغين ، المبلغ المؤمن به ، والمبلغ الذي يغطي الضرر الناشئ عن الحادثة ، وليس للمؤمن له أن يجمع بين مبلغ التأمين ودعوي التعويض ضد الآخرين المسؤولين عن الحادث . وإنما يحل المؤمن محل المؤمن له في الدعاوي الكائنة له ضد من تسبب في الضرر .

٢- تأمين الأشخاص :

وهو يتناول كل أنواع التأمين المتعلقة بشخص المؤمن له ، ويقصد به دفع مبلغ معين للإنسان في وجوده أو سلامته ، يحدده المؤمن باتفاق بينهما ، ولا يتأثر بالضرر الذي يصيب المؤمن له ، وللمؤمن له الجمع بين مبلغ التأمين من المؤمن والتعويض ممن تسبب في الضرر ، فالمؤمن هنا لا يحل محل المؤمن له .

ويشمل تأمين الأشخاص نوعين أساسيين :

١- التأمين علي الحياة : وله صور متعددة أهمها :

(١) التأمين لحالة الوفاة وقد يكون عُمرها وقد يكون مؤقتاً وقد يكون تأمين البقيا حسب الاشتراط .

(ب) التأمين لحال البقاء أو لحال الحياة ، ومن أمثله التأمين المضاد .
(ج) التأمين المختلط البسيط : وهو أن يلتزم فيه المؤمن بأداء المبلغ المؤمن له إما في تاريخ معين للمؤمن له نفسه إذا ظل حياً في هذا التاريخ، وإما إلي المستفيد المعين أو إلي ورثة المؤمن له إذا مات قبل التاريخ . ويكون القسط في هذا النوع أكبر من النوعين السابقين ، وهذا النوع هو أكثر شيوعاً في التأمين علي الحياة .

٢- التأمين من الحوادث الجسمانية : وهو النوع الثاني من نوعي التأمين علي الأشخاص . ويلتزم فيه المؤمن بدفع مبلغ من المال إلي المؤمن في حالة ما إذا أصابه في أثناء المدة المؤمن فيها حادث جسماني . أو إلي المستفيد المعين إذا مات المؤمن له .

(ج) التقسيم الثالث : تأمين خاص وتأمين اجتماعي :

١- فالتأمين الخاص هو ما يعقده المؤمن علي نفسه من خطر معين ، ويكون الدافع إليه هو الصالح الشخصي .

٢- والتأمين الاجتماعي هو ما كان الغرض منه تأمين الأفراد الذين يعتمدون في معاشهم علي كسب عملهم من بعض الأخطار التي يتعرضون لها فتعجزهم عن العمل كالمرض والشيخوخة والبطالة والعجز . وهو يقوم علي فكرة (التضامن الاجتماعي) ويشترك في دفع

القسط مع المستفيد أصحاب العمل والدولة التي تتحمل هنا العبء الأكبر .

(د) التقسيم الرابع : تأمين إجباري وتأمين اختياري :

١- فالأول ما ألزمت به الدولة في قطر رعاياها كالتأمين الاجتماعي مار الذكر والتأمين علي السيارات .

٢- الثاني ما كان خلاف ذلك.

وبعد : فيظهر مما تقدمك كله ما يلي :

١- أن عقد التأمين عقد معاوضة في غير التأمين التعاوني ، لأن كلا من طرفي العقد يحصل علي مقابل لما يؤديه مشروط في العقد .

٢- أنه عقد احتمالي ، وعقد غرر ، لأن الغرض منه تحمل خطر غير محقق الوقوع . والاحتمال قد يكون في تاريخ وقوع الحادثة لا في وقوعها أو عدمه ، أي إن الحادثة قد تكون محققة ولكن لا يؤدي متي تقع كالتأمين علي الحياة في حال الوفاة .

وقد ذكر القانون المصري والسوري عقد التأمين في ضمن عقود الغرر .

إلا أن الدكتور السنهوري يري في عقد التأمين رأياً آخر .

فهو يري أن تعريف القانون المصري لعقد التأمين الذي أسلفناه قاصر لأنه أهمل جانباً رئيسياً من جوانب العقد الفنية إلا وهو جانب الجماعة المتعاونين (مجموع المؤمن لهم) فيما لم ينظر إلي هذا الجانب بعين

العناية من قبل المشرعين يكون العقد كله داخلاً في المقامرة والرهان الباطل . هذه نقطة .

والنقطة الأخرى أنه لم يجعل في شرحه الوسيط عقد التأمين من عقود الغرر لأنه يقف من هذا العقد موقفين متناقضين معاً في الوسيط شرح القانون المدني المصري :

تعريف جامع مانع ولعل أدق التعريفات وأوفرها حظاً من التوفيق عند علماء الاقتصاد ذلك التعريف الذي أورده الأستاذ (هيمار) بكتابه في شرح التأمين فقد عرّف التأمين علي الوجه التالي :

(التأمين عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير دفع قسط علي تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن علي تعهد بمقتضاها يدفع هذا الأخير أداء معيناً عند تحقق خطر معين وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المعاوضة وفقاً لقوانين الإحصاء) .

أركان التأمين :

١- الخطر، ٢- القسط، ٣- العوض المالي، ٤- المصلحة في

التأمين.

١- فالخطر : هو الحادث المستقبل الوقوع ولا يتوقف تحققه علي محض إرادة المؤمن ، أي يقع دون إرادته .

٢- القسط : هو المبلغ الذي يؤديه المؤمن له شهرياً أو سنوياً حسب الاتفاق لتقوم الشركة بمقتضاها بتحمل بقية المخاطر المؤمن ضدها ،

فالقسط في التأمين بمثابة الثمن في البيع أو الأجرة في الإيجار ،
فالتأمين التجاري يقوم علي بيع الأمن ، والأمن لا يباع ولا يشتري...
ويشمل القسط ما يوازي قيمة الخطر بالإضافة إلي المصاريف التي
تتكلفها الشركة وكذا الأرباح ، ويسمي القسط في مجموعه بـ (القسط
التجاري) .

٣- العوض المالي : وهو إما أن يكون تعويضاً يقدر بحسب قيمة
الخسارة الناتجة عن تحقق الخطر المؤمن ضده ، وإما أن يكون مبلغاً
محددأ نص عليه في عقد التأمين بالعوض يدفع حسماً اتفق عليه بين
المؤمن والمؤمن له .

٤- المصلحة في التأمين : يكون محلاً للتأمين كل مصلحة اقتصادية
مشروعة وجدية تعود علي الشخص من عدم وقوع خطر التأمين فقد
تعرض لوجود الغرر في عقد التأمين في موضعين من كتابه (الوسيط)
فبدأ في أحد الموضوعين وكأنه يسلم بوجود الغرر في عقد التأمين ولكنه
يجوزة للضرورة . أي في الموضع الآخر فقد نفي الغرر عن التأمين
ولكن نفيه عنه كان منصباً علي الجانب الفني من التأمين لا علي
الجانب القانوني وسنناقش هذا الرأي والذي قبله فيما بعد إن شاء الله
شبهته وردها :

يري البعض من الفقهاء المعاصرين أن اختلاف مفهوم نظام التأمين
لدي عملية الشريعة وعلماء القانون هو السبب الرئيسي في اختلاف
حكمهم عليه ، فالمائل في أذهان علماء القانون تعاونية العقد وتضامنيته

وانضباطه تحت قواعد العدل والحق ، وفقهاء الشريعة الإسلامية يرون أنه عقد ربوي قائم علي الرهان والميسر .

والحق أن هذا غير صحيح لأن مفهوم العقد هذا واحد عند الجميع . حيث لا يتصور فقهاء الشريعة هذا العقد إلا كما يصوره لهم فقهاء القانون لأنه نشأ عندهم وفي ظل تشريعهم الوضعي . لكن فقهاءنا القدامي كابن عابدين ومن جاء بعده تكلموا في بعض أنواع عقود التأمينات كالتأمين البحري والسُّنْجَة ، حيث لم يكن آنئذ وجد من هذه العقود غيرها ، والواقع أن عقود التأمينات كلها تتبع من مشكاة واحدة وتصور بعضها تصور للجميع والحكم علي هذا البعض حكم علي الجميع باستثناء التأمين التعاوني كما سيأتي فهو لم يدخل في هذا المسمي إلا تجوُّزاً .

فمن المحتم أن يكون هناك مصلحة واضحة للمستأمن وإلا لزادت نسبة المخاطر التي يمهد لها المستأمن سبل وقوعها غير آبه بانعدام الشيء محل التأمين لانعدام مصلحته في المحافظة عليه .

ومن علماء القانون من اقتصر علي ثلاثة : التراضي بين المتعاقدين ، ومحل العقد ، والسبب الذي يقوم عليه العقد .

خصائص عقد التأمين : هو عقد رضائي وملزم للجانبين ، ومن عقود المعاوضة ، العقود الاحتمالية (الغرر) ومن العقود الزمنية ، ومن عقود الإذعان .

١- أما أنه عقد من عقود التراضي ، فباعتبار أن الإيجاب والقبول ضروريان فيه فينعتد بمجرد توافق الإيجاب والقبول ، لكنه لا يثبت عادة إلا بوثيقة تأمين (بوليصة) يوقع عليها المؤمن ، وأصبح في مشروع الحكومة عقداً شكلياً .

٢- وهو عقد ملزم للجانبين ، حيث إنه ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل طرف من طرفيه قبل الآخر ، وتتسأ هذه الالتزامات من اللحظة التي يتم فيها العقد بركنيه الإيجاب والقبول .

٣- وهو عقد احتمالي ، لأنه خسارة أو ربح كل من طرفي العقد غير مووف وقت العقد وهو من المسمي لدي علماء القانون بـ (عقود الغرر) .

٤- وهو عقد زمني (أي مستمر) حيث لا يتم الوفاء بالالتزام المترتب عليه بصفة فورية ، وإنما يستغرق الوفاء بهذا الالتزام مدة من الزمن هي مدة نفاذ العقد .

٥- وهو عقد إذعان : حيث يتولي أحد طرفي العقد وضع الشروط التي يريدها ويوضعها علي الطرف الآخر فإن قبلها دون مناقشة أو تعديل أبرم العقد وإلا فلا .

٦- وهو عقد معاوضة من حيث إن كل واحد من طرفيه يأخذ مقابلاً لما يعطي .

٧- وهو عقد مسمّي : والعقود المسماة هي التي تخضع للأحكام العامة من حيث انعقادها ، وللقواعد التي تقررها الأحكام القانونية فيما يتعلق بالتفصيل .

٨- وهو عقد من عقود حسن النية : إذ أن حسن النية صفة لازمة لكل عقود التراضي ، بمعنى أنه يجب علي كلا الطرفين التصرف بأمانة وإخلاص مع وجوب إعطاء البيانات المطلوبة للطرف الآخر حول العقد .

والسنة الأولى من الخصائص نص عليها الدكتور السنهوري في الوسيط .

والسابعة والثامنة ذكرها بعض الكاتبين من العلماء.

ثانياً : أقاويل الفقهاء الإسلاميين في عقد التأمين ونقل خلافهم فيه :
ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم عقد التأمين مذاهب ثلاثة ،
التحريم مطلقاً ، والحل مطلقاً . والتردد والانتقاء .
(١) مذهب المحرّمين مطلقاً :

١- وعلي رأسهم فقيه الحنفية الكبير العلامة ابن عابدين في كتابين من كتبه ، حاشية رد المحتار ، ومجموع الرسائل .

(١) فعبارة في حاشية المختار علي الرد المختار (وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربي يدفعون له أجرته ويدفعون أيضاً مالا معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده يسمى ذلك المال (سوكرة) علي أنه

مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره
فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم . وله وكيل عنه مستأمن
في دارنا يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان يقبض من
التجار مال السوكرة (أي قسط التأمين) وإذا هلك من مالهم في البحر
شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً ، والذي يظهر لي أنه لا
يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، لأن هذا التزام ما لا يلزم) أ هـ .
وقصد ابن عابدين في تعليقه (بأن التزم ما لا يلزم) أن المؤمن الذي
أسماه (صاحب السوكرة) قد التزم بعقدها أن يوضح للتاجر عند هلاك
ماله تعويضاً عنه لا يلزمه الشرع بدفعه ، فلا يجوز أخذه منه بناء
علي ما بينه قبلاً منه أنه لا يجوز أن يؤخذ من المستأمن في دار
الإسلام ما لا يلزمه أداؤه شري وإن جرت به العادة كالعوائد التي
تؤخذ من زوار بيت المقدس آنئذ .

وهذا هو المئبتي الذي علل به ابن عابدين بعدم جواز تعويض التأمين
من المؤمن بناء علي أن المؤمن قد التزم بهذا العقد ما لا يلزمه ، فهو
كالوديع أو المستعير أو المستأجر إذا اشترط عليهما في العقد ضمان
قيمة الوديعة أو العارية أو العين المأجورة إذا هلكت بلا تعد ولا
تقصير فمثل هذا الشرط في قواعد المذهب الحنفي لا يلزمهم بشئ فلا
يجوز أخذ هذا الضمان منهم .

ثم أورد ابن عابدين -رحمه الله- علي عدم الجواز مسألتين منصوصاً
عليهما في المذهب قد يشعر قياس كل منهما بالجواز وهما :

١- مسألة الوديع بأجر حيث يضمن الوديعة إذا هلكت .

٢- مسألة ضمان خطر الطريق التي ينص عليها فقهاء الحنفية في كتاب الكفالة :

(وهي ما لو قال لآخر "اسلك هذا الطريق فإنه آمن . وإن أخذ فيه مالك فأنا ضامن" حيث يضمن القائل ما يصيب مال السالك في هذا الطريق).

ويعلل فقهاء المذهب بأن هذا القول تغرير من القائل مع التعهد فيضمن للمغرر به . وكذلك أجاب ابن عابدين عن دلالة هذه المسألة الثانية (مسألة ضمان خطر الطريق) بأن بينها وبين قضية السوكرة فرقاً لا يصح من قياسها عليها .

ويميز ابن عابدين - رحمه الله - بين أن يكون عقد التأمين معقوداً في دار الحرب مع المؤمن الذي يسميه (صاحب السوكرة) وأن يكون معقوداً في دار السلام ، فعدم جواز أخذ التعويض مقصور على الحالة الثانية التي يعقد فيها السوكرة في دار الإسلام حيث تطبق عليه أحكام الإسلام . أما إذا كان التأمين معقوداً في دار الحرب وأرسل صاحب السوكرة بعد هلاك البضاعة مبلغ التعويض إلي صاحبها التاجر الذي في دار الإسلام فإن أخذه عندئذ حلال لأنه أخذ لمال حربي برضاه دون غدر ولا خيانة وليس بعقد فاسد معقود في دار الإسلام حتى يكون خاضعاً لأحكام ديننا .

وقال ابن عابدين أيضاً (إن كان العقد في بلادنا والقبض في بلادهم ، فالظاهر أنه لا يحل أخذه ولو برضا الحربي لابتئائه علي العقد الفاسد الصادر في بلاد الإسلام ، فيعتبر حكمه)

فابن عابدين يري أن عقد التأمين البحري الذي كثر السؤال عنه في زمانه لا حكم له إذا عقد في بلد غير إسلامي عقده مسلم أو غيره . وإذا عقد في بلد إسلامي كان عقد معاوضة فاسداً لا يلزم الضمان به لأنه التزام ما لا يلزم شرعاً ، وفساد العقد كان للفساد في أحد بدليه لأنه لا سبب للضمان شرعاً ، وله في حل أخذ مال البذل بمقتضي هذا العقد التفصيل السابق ، وإذا كان ابن عابدين لم يكن له رأي إلا في التأمين البحري . فإن مذهبه فيه يقضي حتماً بأن يكون هذا حكم سائر أنواع التأمين لأنه لا يوجد فيها سبب شرعي للضمان فيكون التزام ما لا يلزم . ويكون العقد في هذه الأنواع عقداً فاسداً إذا عقد في دار الإسلام بين مستأمنين ، أو ذميين أو مسلمين ، أو اختلط طرفاه ، ولا يحل لمسلم أخذ البذل بمقتضاه ، وإذا عقد في بلد غير إسلامي لم يكن له حكم ، ويحل للمسلم أخذ البذل بالرضا لا بالتقاضي .

(ب) في مجموع الرسائل : في رسالة (أجوبة محققة عن أسئلة مفرقة) للعلامة محمد بن عابدين صاحب الحاشية ، جاء في هذه الرسالة ما نصه : (وسئلت : في رمضان سنة أربعين ومائتين وألف عما إذا جرت العادة بين التجار أنهم يستأجرون مركباً من مراكب أهل الحرب لحمل بضائعهم وتجارتهم ويدفعون للمراكبي الحربي الأجرة

المشروطة وتارة يدفعون له مبلغاً زائداً علي الأجرة لحفظ البضائع بشرط ضمان ما يأخذه أهل الحرب منها . وأنه إن أخذوا منه شيئاً فهو ضامن لصاحبها جميع قيمة ذلك ، فاستأجر رجل من التجار رجلاً حربياً كذلك ودفع له مبلغاً تراضياً عليه علي أنه إن أخذ أهل الحرب منه شيئاً من تلك البضاعة يكون ضامن من الجميع ما يأخذونه ، فسافر بمركبه فأخذه منه بعض القطاع في البحر من أهل الحرب فهل يلزمه ضمان ما التزم حفظه وضمانه بالعوض ؟ أم لا ، فأجبت ، الذي يظهر من كلامهم عدم لزوم الضمان .. إلخ وذكر ما ذكر في حاشية المختار في قرابة صفحتين وبعض الثالثة فلا حاجة إلي التكرار .

٢- والفقيه الثاني من رؤوس المحرمين العلامة الشيخ محمد بخيت المطعي ، فقيه عصره ومفتي الديار المصرية :

أصدر هذا العالم رسالة سماها (أحكام السكورتاه) من استنباطه تقع في قرابة ثلاث عشرة صفحة من القطع المتوسط طبعت في مطبعة النيل سنة ١٩٠٦ ثم طبعت بعد ذلك مرة أخرى ، وخالصة القول فيها ، أن بعض علماء سلانك كتب إليه يسأله :

(عن المسلم يضع ماله تحت ضمانه أهل "قومبانية" تسمى "قومبانية" السوكورتاه" أصحابها مسلمون أو ذميون أو مستأمنون ، ويدفع له في نظير ذلك مبلغاً معيناً من الدراهم ، حتي إذا هلك ماله الذي وضعه تحت ضمانهم يضمنونه له بمبلغ من مقرر بينهم من الدراهم فهل له أن يضمنهم ماله المذكور إذا هلك ؟ وهل يحل له أخذ دراهمهم إذا ضمنوا؟ وهل يشترط كل أخذه تلك الدراهم أن يكون العقد والأخذ في غير دار الإسلام ؟ أو يكفي أن يكون العقد في غير دار الإسلام ؟ وإن

كان الأخذ في دار الإسلام؟ وهل يحل لأحد الشركاء أن يباشر العقد عن الجميع ويأخذ البديل بغير دار الإسلام ثم يعطى الباقي حصصهم؟ وقال المستفتى: وإن هذا مما عمت به البلوى في دياره. وإنه راجع كتب المذهب فلم يجد بها شيئاً يطمئن به)..

فأجاب المفتي المطيعي رحمه الله، بما خلاصته:

(إن هذا العقد ليس بملزم لأحد طرفيه، فالمال الملتمزم بدفعه للقومبانية دفعة غير لازم، ولمن دفعه أن يسترده، لأنه دفع ما لا يلزمه على ظن أنه يلزمه، ولا يلزم أهل القومبانية الضمانة، لأنه التزام معلق على هلاك المال، وتارة يهلك وتارة لا يهلك ولا نعرف متى يهلك لو سلمنا بالهلاك، فهو عقد معلق على الخطر وما فيه من معاني القمار واستدل إليه بأن ضمان الأموال إما بطريق الكفالة أو بطريق التعدي أو الإتلاف: وليس عقد التأمين بواحد من هذه الثلاثة وليس بمفاد بمضاربة أيضاً ثم قال:

١- (إن كان العقد وأخذ البديل في دار الإسلام: لا يحل الأخذ ويكون المأخوذ مالاً خبيثاً).

٢- وإن كان العقد والأخذ في غير دار الإسلام؛ حل الأخذ وكان المأخوذ مالاً طيباً لمن أخذه.

٣- وإن كان العقد في غير دار الإسلام والأخذ فيها لا يحل أخذ البديل.

٤- وإن كان العقد فى دار الإسلام والأخذ فى غيرها حرم إجراء العقد ومباشرته، ولكن مع ذلك يحل أخذ بدل المال الهالك متى كان الأخذ فى غير دار الإسلام وبرضاهم.

وقال (إنه لا يضر متى كان الأخذ حلالاً لا يضر بعد ذلك أن يعود به إلى دار الإسلام أو يبعث إليها).

ويلاحظ أنه هو وابن عابدين كان كل منهما يستنبط الحكم مما قرره فقهاء الحنفية، وأن ابن عابدين لم يذكر سبباً لفساد العقد إذا عقد فى دار الإسلام إلا أنه التزام ما لا يلزم، ولكن المطيعى لم يعتمد فى فساده على ذلك بل اعتمد على قيلته على الحظر وما فيه من معنى القمار، وهما متفقان فى الأحكام إلا فى حل أخذ البدل فى دار الإسلام بغير مخاصمة إذا كان العقد فى غير دار الإسلام، فابن عابدين يرى حله، لأن العقد فى غير دار الإسلام لا حكم له، والأخذ كان بالرضا، والمطيعى يرى: أن الأخذ فى دار الإسلام لا يحل مطلقاً، لأن المسلم لا يحل له، أن يأخذ فى دار الإسلام من المستأمن إلا ما يلزمه شرعاً، ومال البدل لم يلزمه شرعاً.

٣- الفقيه الشيخ عبد الرحمن قراة: مفتى الديار المصرية

وفتواه سنة ١٩٢٥ ليست إلا ترديداً لما جاء فى رسالة (السوكورتاه) للشيخ المطيعى، فهو مثله رأيه: أن التأمين لا يجوز فى الحريق نصاً ولا يجوز فى سائر أنواع التأمين اقتضاء يشبه الصريح.

ومن العلماء المحرمين المعاصرين أو قبل المعاصرين بقليل،

١- الشيخ محمد علي الساير ٢- الشيخ طه الديناري ٣- الشيخ محمد عبد اللطيف السبكي ٤- المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم؛ الفقيه أستاذ الفقه بمدرسة القضاء الشرعي وكلية الحقوق بجامعة القاهرة، في مقال بمجلة الشباب المسلمين سنة ١٩٤١ م ٥- الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة الخرطوم في كتابه (الغرر وأثره في العقود) ٦- الشيخ عبد الله التعلقبلي؛ مفتي الأردن في تقولة له في أسبوع الفقه الإسلامي سنة ١٩٦٤. ٧- الشيخ محمد علي البولاقى، عضو هيئة التحرير في موسوعة الفقه الإسلامي في الكويت والمدرس في معهد الدراسات العليا في مصر في رسالة خاصة نشرها بعض الكاتبين. ٨- المرحوم الدكتور محمد أبو اليسر عابدين المفتي العام للجمهورية العربية السورية سابقاً وأستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة دمشق سابقاً.

فقد سألته (وإنى أحد تلاميذه) في مجلس خاص عن حكم هذا العقد فقال؛ الكراهة التحريمية كما قال ابن عابدين الجد.

وذلك عام ١٩٧٠ م قبيل وفاته بحوالى عشر سنين رحمه الله تعالى ومن أخذ بالتحريم المطلق من المعاصرين الدكتور عيسى عبده في كتابين له.. والمرحوم عارف الجوى دمشقى في رسالة له والأستاذ عبد الله علوان من سوريا والأستاذان الشيخ عبد الستار السيد والشيخ فخر الدين الحسنى.

هذا ومن أراد التوسع فليرجع إلى مبحث فى التأمينات للشيخ
محمد أحمد فرج السنهورى عضو مجمع البحوث الإسلامية فى
الأهر الشريف فى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية العدد السابع ج ٢.

(ب) مذهب المحللين مطلقاً:

وقد كانوا قلة فأصبحوا كثيراً اليوم ويقف على رأس هؤلاء
جميعاً:

١- الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، أستاذ الشريعة الإسلامية فى
كلية الحقوق بجامعة دمشق وأستاذ فى كلية الشريعة بها سابقاً ووزير
سابق، فى المقال الذى كتبه فى أسبوع الفقه الإسلامى بمهرجان ابن
تيمية بدمشق ١٩٦١ ثم جرده وطبعه بكتاب سماه (عقد التأمين
وموقف الشريعة الإسلامية منه) (السوكرة) فى حوالى مائة صفحة
وتزيد.

٢- الأستاذ على الخفيف؛ أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق
بجامعة القاهرة فى بحثه الذى يقدمه للجنة الخبراء فقد ذهب إلى إباحة
أنواع التأمين جميعها ولكن الأستاذ محمد أحمد فرج السنهورى فهم
منه شفويًا أنه يميل إلى منع التأمين على الحياة.

٣- الدكتور محمد سلام مذكور أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية
الحقوق بجامعة القاهرة يبحث مستقل، نشره فى مجلة العربى.

٤- الأستاذ محمد بن الحسن الحجوى الثعالبى؛ أستاذ العلوم
العالية بالقرويين؛ فى ذلك كتابه الفكر السامى.

٥- المرحوم الدكتور يوسف موسى: أستاذ الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ثم بكلية الحقوق بجامعة عين شمس: قال إن التأمين بكل أنواعه ضرب من ضروب التعاون وشرعاً لا بأس به إذا خلا من الربا.

٦- المرحوم الشيخ عبد الرحمن عيسى؛ مدير تفتيش العلوم الدينية والوثنية بالأزهر: ذهب لجواز التأمين بجميع أنواعه.

٧- المرحوم الشيخ الطيب حسن النجار عضو جماعة كبار العلماء.

٨- المرحوم الشيخ عيسوى أحمد عيسوى، أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة عين شمس، فى مقال نشرته مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس يوليو سنة ١٩٦٢ ذهب فيه إلى إباحته بكل أنواعه.

٩- الدكتور محمد البهى؛ عضو مجمع البحوث ووزير الأوقاف وشؤون الأزهر سابقاً: فى كتابه (نظام التأمين فى هررى أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر) ذهب فيه إلى جواز عقد التأمين بجميع أنواعه بل أوجب على الدولة حمل الناس عليه إلزامياً أخذاً من كلام ابن خلدون.

١٠- المرحوم الشيخ عبد الله صيام من العلماء الأزهرين المتخصصين كتب كلمة فى مجلة المحاماة الشرعية ما يو ١٩٣٢ فكان

صوته أول صوت شرعى جرى بمصر ذهب إلى إلحاق التأمين بالموالاة فهو جوائز مثله.

(ج) مذهب المترددين أصحاب فكرة الانتقاء والتخير لكنهم إلى

المنع أقرب:

١- وعلى رأسهم يقف أستاذنا العلامة المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة وعضو لجنة الخبراء وذلك فيما كتب فى الأهرام الاقتصادى سنة ١٩٦١ وممن شهدوا مؤتمر الفقه الثانى بدمشقى سنة ١٩٦١، وكانت له تعليقات على المحاضرات التى ألقىت فى مسألة التأمين، ورأيه فى كل ما أبدى فى تلك الأوقات تجمعه مذكرته باللجنة على وجه منسق مرتب انتهى فيه إلى أن هذا العقد غير جائز فى الفقه الإسلامى بل فاسد يكرهه الإسلام لكنه أباح فى مقال آخر له التأمين على السيارات^(١)، فقط من أنواع التأمين ولا ندرى وجه الفرق؟!.

٢- المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة: فى مقال له فى صحيفة لواء الإسلام فذهب فيه إلى جواز عقد التأمين على الحياة فقط من أنواع التأمين ولم يتطرق لغيره.

٣- الأستاذ أحمد السنوسى فى مقالين له فى مجلة الأزهر أكتوبر ونوفمبر سنة ١٩٥٣ نشرت بحثاً له فى التأمين من المسؤولية ذهب إلى جواز هذا النوع قياساً له على عقد الموالاة الذى ذهب إلى مشروعية

عدد من كبار فقهاء الصحابة والأمصار وبقائه مشروعاً، ولم يتجاوز تأمين المسؤولية إلى غيره من أنواع التأمينات لأنه استند إلى عقد الموالاة، وهو لا يكاد ينفيه على طريقته في الأنواع الأخرى.

٤- الشيخ الشرباصى الرائد العام لجمعية الشبان المسلمين

يستفاد من جوابه على السؤال المذكور فى الاهرام الاقتصادى أن نظام التأمين إذا قام على أساس ربوى فهو محرم ولا سيما فى التأمين من عنصر الجهالة والفوضى بحيث يكون غبنا للفرد غالباً وغنما متضخماً متكرراً الشركات التأمين، وإذا لم يكن التخلص من النظام الربوى ومنه فى نظرة التأمين) اعتبر ضرورة فىعمل به مؤقتاً مع وجوب العمل على التخلص منه.

٥- محمد أحمد فرج السنهورى، عضو مجمع البحوث الإسلامية ولجنة الخبراء، يرى إباحة أنواع التأمين عدا التأمين على الحياة من أجل مستفيد غيره وعدا ما يسمونه تأميناً ادخارياً فهو فى حقيقته معاملة ربوية وفى تسميته تأميناً كثير التجوز.

٦- الشيخ محمد مبروك؛ خبير اللجنة المالكي؛ أفتى بفساد عقد التأمين على الحياة لاشتماله على الربا والمقامرة والمخاطرة، وأما عقد التأمين على الأضرار فهو عقد سليم خال من الربا والغرر والجهالة.

وهناك من علماء القانون من ذهب إلى جواز عقد التأمين في الشريعة الإسلامية وعلى رأسهم الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط ١٠٨٩/٧، ومن أراد التوسع في معرفة آراء الفقهاء فليرجع إلى:

١٢- أسبوع الفقه الإسلامي - مهرجان ابن تيمية (عقد التأمين).

٢- مؤتمر البحوث الإسلامية العدد السابع.

٣- الوسيط للدكتور السنهوري.

٤- عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه للأستاذ الزرقاء.

خاتمة: قصة تاريخ فتوى الشيخ محمد عبده «مفتى الديار

المصرية»:

المستر دهور رسل، مدير شركة ميوتوال ليف الأمريكية للتأمين استفتى دار الإفتاء بمصر: (في رجل يريد أن يتعاقد مع جماعة (قومية) مثلاً، على أن يدفع لهم مالا من ماله الخاص على أقساط معينة ليعملوا فيها بالتجارة، واشترط عليهم؛ أنه إذا قام بما ذكر وانتهى الاتفاق المعين بانتهاج الأقساط المعينة، وكانوا قد عملوا في ذلك المال، وكان حيًّا؛ أخذ ما يكون له من المال مع ما يخصه من الأرباح، وإذا مات في أثناء تلك المدة يكون لورثته، أو لمن له حتى الولاية في ماله، أن يأخذوا المبلغ، تعلق مورثهم مع الأرباح، فهل مثل هذا التعاقد -

الذى يكون مفيداً لأربابه، بما ينتجه لهم من الربح - جائز شرعاً، نرجو التكرم بالإفادة):

فأجاب الأستاذ الشيخ محمد عبده فى شهر صفر سنة ١٣٢١هـ
أبريل ١٩٠٣م بقوله:

(لو صدر مثل هذا التعاقد بين ذلك الرجل وهؤلاء الجماعة على الصفة المذكورة كان ذلك جائزاً شرعاً، ويجوز لذلك الرجل بعد انتهاء الأقساط، والعمل فى المال وحصول الربح أن يأخذ لو كان حياً - ما يكون له من المال، مع ما خصه من الربح، وكذا يجوز لمن يوجد بعد موته من ورثته أو من له ولاية التصرف فى ماله بعد موته أن يأخذ ما يكون له من المال، مع ما أنتجه من الربح والله أعلم).

قلت: استفتى - رحمه الله عن صورة مضاربة صميمة متفق على صحتها فأفتى فيها بالجواز، فى هذا؟ وما صلته بالتأمين على الحياة؟

ولكن الدعاية المضللة للتأمين على الحياة أشاعت وأذاعت أن الأستاذ المفتى الشيخ محمد عبده أفتى بجواز التأمين على الحياة، كما استغل ذلك فى الترويج للإيداع بصندوق التوفير للبريد بفائدة معينة وكثرت الأكاذيب فى هذه الدعايات حتى علقت بأذهان العالم والجاهل وعرض بعض معاصريه من العلماء بفتواه، وإن يعلم أن

الشيخ لبريء مما يفترون، ولكن ماذا عليه لو امتنع عن إفتاء هذا الرجل وهو يعلم أنه مدير شركة تأمين على الحياة وحمى نفسه من هذا الافتراء، ووقانا شر هذا الصداع الدائم حتى اليوم.

وبعد فالأستاذ المفتى الشيخ محمد عبده ليست له فتوى ولا رأى معروف فى أى نوع من أنواع التأمين، يؤيد ذلك موقف الشيوخ الكبار فى مجلس الأوقاف الأعلى الذين كان المفتى واحداً منهم وهم المغفور لهم العلماء سليم البشرى شيخ الأزهر، حسونة النواوى شيخ الأزهر، محمد عبده المفتى، بكرى عاشور الصر فى المفتى، محمد بخلق مفتى.

الفصل الثانی

عقد التأمین بین الفقه الإسلامی والفقه الغربی

(التصدیق)

أولاً: وجوه استدلال الفقهاء ومناقشاتهم.

ثانياً: الموازنة.

ثالثاً: رأينا في عقود التأمین.

أولاً: وجود استدلال الفقهاء ومناقشتهم:

(١) أدلة المحرمين مطلقاً:

١- أولاً: إن عقود التأمين الحالية نوع من الميسر (القمار) الذى حرمه الإسلام لصدق تعريفه عليه، والميسر كما عرفه الفقهاء (هو كل عقد يكون فيه أحد العاقدين عرضة للخسارة بلا مقابل يناله من العاقد الآخر الرابع).

قال صاحب الكليات (الميسر، كل شىء فيه خطر فهو من الميسر)، وقال صاحب المغرب (الميسر: قمار العرب بالأزلام)^(٢)، وقال مثله صاحب التعريفات.

ولو ذهبنا ننظر فيما دفعه المؤمن إلى شركة التأمين على حياته أو تجارته لوجدنا أنه لم يستفد شيئاً إذا لم يصب فيهما أو فى أحدهما، وقد يمر العمر كله ولم يمسه سوء ولم ينزل به ضرر، فلا يحل هذا المدفوع إلى للشركة لمنوط عن عوض مالى مقابل، كما لا وجه لحل ما يأخذه هو أو ورثته من الشركة بتقدير ضرره، إذ ليس للشركة أى يد فى إيدائه، على أن طمع بعض الورثة بمورثهم قد يحملهم على قتله من غير مباشرة لسبب القتل استعجالاً للحصول على المال من شركة التأمين، وقد يبقى الأئتمان على المورث المقتول مستوراً عن الناس...

٢- ثانياً: إن عقود التأمين الحالية نوع من (العقود الغرر).

والغرر: بفتحيتين لغة الحظر، واصطلاحاً (ما يكون مستور

العاقبة)، ومعناه بيع الأشياء الاحتمالية الذي لا تدرى عاقبته هل تحصل أم لا، وقد جاء تحريم الغرر في أحاديث كثيرة منها حديث مسلم مرفوعاً «ونهى عن بيع الغرر».

٣- إن عقود التأمين في حقيقتها تقوم على الرهان والمجازفة:

لأن التزام الشركة معلق على خطر قد يقع وقد لا يقع، فإن وقع التزمت الشركة بأداء مبلغ التأمين أو بالتعويض، وإن لم يقع لم تلتزم الشركة بشيء من ذلك، ولا يقصد من ذلك إلا تحقيق الربح الاحتكاري والاثراء الفاحش بلا سبب، وتضخم المال بلا جهد، وهذا قول بعض رجال الاقتصاد في الغرب والشرق:

(أ) يقول (اللورد ما نسفيله)؛ «عقد التأمين قائم على المجازفة، ولذلك يصعب في بعض الحالات أن نفرق بينه وبين عملية المراهنة على مبالغ نقدية من حيث الأصل الذي عليه العقد»، ولقد استشهد بهذا القول بعض شراح القانون التجاري في انكلترا كما في كتاب (ستيفنس) الصادر سنة ١٩٢٠ عن الناشر (باترورث) وشركاه في لندن.

(ب) يقول (سلوتر) شارح القانون التجاري في انجلترا (التأمين هو شراء الأمن... ذلك أن المستأمن - مدفوعاً بالرغبة في حماية نفسه ضد خطر ما - فإنه يشتري من المؤمن (الشركة) حق التعويض إن وقع الضرر بسبب ذلك الخطر، ويقال لثمن الشراء (جعل) أو (قسط)، وغالباً ما يكون دفعة سنوية، ويندرج وعد المؤمن بالتعويض «في حالة

وقوع الحادثة المؤمن ضدها فيما يقال له (البوليصة) وهل البوليصة إلا المجازفة والإثراء الفاحش بلا سبب.

(ج) يقول الدكتور عيسى عبده فى كتابه (التأمين... الأصيل والبديل)، (إن بعض الشركات المتواضعة والناشطة فى ميدان التأمين قد حققت فى عام ١٩٦٨ وحده ربحاً صافياً بقرب من ربع رأس المال، وهذا الربح الصافى وفقاً للقانون يذهب إلى المساهمين أصحاب الشركة ولا يذهب إلى المستأمن).

٤- إن عقود التأمين فى واقعها تقوم على التعامل الربوى الذى حرمه الإسلام، وهب أن القائلين بالحل قالوا لنا: إننا نشترط عدم وجود الربا فى عقد التأمين نقول لهم: وهل الواقع يصدقكم؟ فهاتوا لنا حالة واحدة فى العالم خلا عقد التأمين فيها عن الربا والفائدة؟.

٥- إن عقود التأمين قائمة فى المبدأ والغاية على بيع الأمن نظير ثمن يتفق عليه ويقال له وسط، ولكن هذا الأمن المباع هو خدمة اجتماعية يجب أن تقوم بها الدولة وهى محاسبة ومسئولة إن قصرت فى تحقيقها، فلا يجوز لفرد أو شركة أن تستغل هذه الخدمة لا بتزاد الأموال والربح الذاتى، لأن هذه الخدمة تدخل فى مضمون الخدمات التى هى من اختصاص الدولة كإقامة العدل ودفع الظلم وتحقيق الأمن وتأمين الحق لكل مواطن فى العيش الضرورى كتأمين المواد التموينية، فهى من اختصاصات الدولة فقط وهى مسؤولة عن تأمينها أولاً وأخيراً فإذا قصرت فى تأمينها أو غضت الطرف عنها فإنها محاسبة أمام الله،

ومسؤولية أمام الأمة.

تلكم أحد أدلة من ذهب إلى أن عقود التأمين محرمة في الشريعة الإسلامية وأنها تتنافى في نظرهم مع مقاصدها العامة وقواعدها الأساسية.

(ب) أدلة الميحين لعقود التأمين:

الأدلة التي أوردها كل من هؤلاء العلماء الميحين للتأمين مطلقاً متداخلة متشابهة، وسأقتصر في تبيان هذه الأدلة على ما ذكره الأستاذ الزرقاء باعتبارها الأكثر شمولاً والأقوى حجة ودلالة من حجج ودلالة الآخرين الذاهبين معه إلى الجواز، وذلك ملخص من كتابه (عقد التأمين).

المستندات القياسية التي استند إليها الأستاذ حفظه الله في جواز عقد التأمين، .

١- عقد الموالاة:

ويتلخص هذا العقد في أن يقول شخص مجهول النسب للعربي «أنت ولي تعقل، عنى إذا جنيت، وترثنى إذا مت» وهذا العقد أخذ به كبار فقهاء الصحابة كعمر وابن مسعود وأخذ به من فقهاء الأمصار الإمام أبو حنيفة وأصحابه.

فعقد الموالاة هذا صورة حية من صور عقد التأمين حيث الولي يتحمل مسؤولية مجهول النسب من لا عاقلة له في كل ما يصدر منه

من أضرار، فوجه المشابهة بين عقد الموالاة وعقد التأمين هو تحمل المسؤولية من غير تبعة لا غير.

٢- ضمان خطر الطريق عند الحنفية:

وخلصته: أنه إذا قال شخص لآخر (اسلك هذا الطريق فإنه آمن، وإن أصابك شيء فأنا ضامن)، فسلكه فأصابه شيء فعوضه ما خسره لأنه ضامن فهو نص استثنائي قوى في جواز التأمين على الأموال من الأخطار.

٣- قاعدة الالتزامات والوعد الملزم عند المالكية:

وخلصته: (أنه إذا وعد شخص غيره عدة بقرض أو بتحمل وضيعة (خسارة) أو إعارة أو نحو ذلك مما ليس بواجب عليه في الأصل، فهل يصبح بالوعد ملزماً؟ ويقضى عليه بموجبه لم يف به أو لا يكون ملزماً به).

اختلف المالكية في ذلك على أربعة آراء: من جملتها (يقضى بالعدة «أى الموعد» مطلقاً) أى أنها ملزمة له.

فإذا أخذنا بالمذهب الأوسع في هذه القضية فإننا نجد في قاعدة الالتزامات هذه منسجاً لتخريج عقد التأمين على أساس أنه التزام من المؤمن للمستأمنين، ولو بلا مقابل على سبيل الوعد بأن يتحمل عنهم أضرار الحادث الخطر الذى يتعرض له أحدهم، أى أن يعرض عنه الحسائر.

٤- نظام العواقل فى الإسلام:

ويتلخص فى أنه إذا جنى أحد جناية قتل غير عمد بحيث يكون موجهها الأصلية الدية لا القصاص، فإن دية النفس توزع على أفراد عاقلة الذين يحصل بينه وبينهم التناصر عادة، وهم الرجال البالغون من أهله وعشيرته، وكل من يتناصر بهم ويعد هو واحداً منهم، كانت فى الجاهلية وأقرها الإسلام لما فيها من معنى التعاون على البر والتقوى.

فما المانع من أن يفتح باب لتنظيم هذا التعاون على ترميم الكوارث المالية يجعله مكوناً بطريقة التعاقد والإرادة الحرة كما جعله الشرع إلزامياً دون تعاقد فى نظام العواقل.

٥- التأمين الاجتماعى الجائز شرعاً.

فما الفرق بين نظام التقاعد والمعاش لموظفى الدولة وهو تأمين اجتماعى أجازته علماء الشريعة كافة بلا تكبير وبين التأمين على الحياة؟
والخلاصة: أن نظام التأمين بوجه عام عند هؤلاء تشهد لجوازه جميع الدلائل الشرعية فى الشريعة الإسلامية وفقهها ولا ينهض فى وجهه دليل شرعى على التحريم - لديهم - ولا شبهة من شبهة القائلين بالتحريم.

هذا ملخص الأدلة التى أوردها زعيم القائلين بالحل الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء فى جواز التأمين فى مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامى الذى أقيم فى دمشق سنة ١٩٦١ ثم أفردته بكتاب (عقد

التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه).

وقد استدل بعض الذاهبين، إلى التحليل بدليلين آخرين: (الأستاذ الخفيف).

١- الأول أن الغرر المسلم في عقد التأمين غير مؤشر فلا يمنع من صحته، فهناك عقود جوزها كثير من الفقهاء مع أن ما فيها من الغرر أكثر من الغرر الذي في عقد التأمين كبيع ما في الصندوق وعلم المشتري ما فيه وبيع الثمر قبل بدء صلاحه.. الخ..

٢- واستشهد هؤلاء الأفاضل على جواز التأمين برأى بعض المالكية في البيع بالنفقة على المشتري مدة حياته فقد قال الأستاذ الخفيف ما نصه (وعلى هذا يرى أن منع التأمين لما فيه من الغرر أو الجهالة لا يقوم على أساس ويؤيد، أننا قد وجدنا من فقهاء المالكية من يجيز اتفاقاً يشبه عقد التأمين تمام الشبه ويحوى كثيراً من الغرر لا يحويه عقد التأمين، فقد جاء في شرح المنتقى على موطأ مالك للباجي (٤٢:٥) «وقد دفع إلى جل داره علما أن يتفق عليه حياته، روى ابن المواز عن أشهب قال: لا أحب ذلك ولا أفسخه إن وقع، وقال أصبغ: هو حرام؛ لأن حياته مجهولة ويفسخ، وقال ابن القاسم عن مالك؛ لا يجوز إذا قال: على أن ينفق عليه حياته» فنرى أن أشهب أجاز هذا الاتفاق مع الكراهية، وأن مالكا قيد عدم جوازه بجهالة مدة الإنفاق وهي مدة الحياة، ومقتضى ذلك أنه إذا تم الاتفاق على أن ينفق عليه مدة معينة صح عنده ما في ذلك من الغرر، وعليه فلو عرض عقد

التأمين على مالك لذهب إلى تجويزه بناء على ذلك). واستدل الأستاذ الزرقا كذلك بعقد جائز شرعاً فيه غرر مقبول هو عقد الاستئجار على الحراسة السهم، الأخير في الكنانة:

في كتابه (مصادر الحق في الفقه الإسلامي) يرى الدكتور السنهوري أن هنالك تطوراً ملحوظاً في الفقه الإسلامي في هذه المسألة وأن أكثر المذاهب تطوراً فيها هو مذهب مالك، وقد بين ابن رشد في عبارة جلية الأصل عند مالك في ذلك فقال، (والأصل عنده - أي مالك - أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة).

هذا هو أظهر ما استدل به زعماء الذاهبين إلى إباحة عقد التأمين ومن اتبعهم.

هذا؛ ولقد رجعت إلى ما كتبه الدكتور محمد سلام مذكور، في مقال نشره بمجلة العربي الكويتية في عددين اثنين، فرأيته في ما كتب لم يخرج عن دائرة الميحين لعقود التأمين كلها في الفقه الإسلامي مبدئياً شريطة خلوها من عنصر الربا، وأن يطوعها فقهاء الشريعة الإسلامية ليتلافوا ما يصاحبها من مفسدات العقود وموجبات ذلك الفساد الطارئ عليها، وقد جعل من مقاله الأول شبه مدخل للمقصد الذي أراده في مقاله الثاني، كما تطرق إلى هذه العقود التأمينية لدى فقهاء القانون بما لا يخرج عما ذكرنا، وإن كان في ما كتب في هذه النقطة بالذات يحتاج إلى مزيد من التثبيت والرجوع للمصادر القانونية لأنه فرق بين التأمين التبادلي والتعاوني وهذا تفريق لا يعرفه فقهاء

القانون، وارجع إلى الوسيط للدكتور السنهوري تجد بعداً بينما ذكره
واضع القانون وشارحه وبينما ذكره الأستاذ كاتب المقال !!

ولقد ذهب في قضية فتح باب التعاقد بعقود مستحدثة في الفقه
الإسلامي شأن الأستاذ الزرقاء والفقهاء المبيحين للعقود التأمينية
بإطلاق لا ينافي ذلك الفقه الحنبلي بعامة والشيخ ابن تيمية بخاصته.

أما أدلته التي استند إليها في ما ذهب إليه فترجع في مجموعها
إلى ما ذهب إليه الأستاذ الزرقاء ومن تبعه فجعل كلا من الغرر
والجهالة التي في عقود التأمين مفتخراً فسلم بوجود الغرر والجهالة
ولكن لم يجعل منهما مفسداً للعقد أو مانعاً من إباحته استناداً إلى أن
كتب الفقه الإسلامي تكاد تكون ممتلئة من العقود التي أقرها الفقهاء
مع أن فيها من الغرر ما لا يقل عن نظيره في عقود التأمين مثل دية
القتل الخطأ والقسامة، والعمرى، والوصية بمرتب مدى الحياة وعقد
الموالة الذي أجازته كبار الصحابة والمذهب الحنفي.

ثم أردف ذلك بتنفيذ أدلة الخصم الذاهبين إلى المنع والتحريم
وسمى أدلتهم تلك (شبهاً) ولخص تلك الشبه !! بست:

١- أنها تقوم على الجهالة والغرر وهما يمنعان من صحة العقد
شرعاً، لنهي الشارع عن الغرر.

٢- وأن الضمان فيه من قبيل البر والخير ولا يجوز أخذ العوض
عنه.

٣- وأنه ضمان لشيء معدوم وقت العقد وإن كان على خطر

الوجود.

٤ وهذا قمار ممنوع شرعاً أيضاً.

٥- وأنها أكل لأموال الناس بالباطل.

٦- وأنها لا تخلو بحال عن الربا.

ورد على هذه الشبه الست ردّاً تجدد مضمونه في ثنايا ما ذكرت وما سأذكر من تفنيد الأدلة ومناقشتها، إلا أني أتوقف عند الشبهة الأولى في زعم صاحب المقال ورده عليها وهي قضية الجهالة والغرر لأنها أهم نقطة في البحث كله وأجد شئ في هذا المقال بالاهتمام، فجعل الغرر والجهالة في عقود التأمين مما لا يمنع من صحة العقد وإباحة للأموال التالية:

١- لأن عقوداً كثيرة فيها غرر أجازها الفقهاء كما ذكر آنفاً وضرب لذلك أمثلة أخرى لكنه استشهد على ما ذهب إليه بمقولة لابن تيمية الفقيه الحنبلي رحمه الله تعالى؛ (إنه يرضى فيما تدعو إليه الحاجة مما أفسده الغرر، وكان مذهب مالك أوسع المذاهب في هذا، إذ تجوز مع الغرر في كل ما تدعو إليه الحاجة، وما كان الغرر فيه محتملاً لا يؤدي إلى نزاع) ثم بقوله (لا يصح أن يقاس كل عقد فيه غرر على بيع الغرر في عدم الجواز).

لم يذكر كاتب المقال أين قال ابن تيمية هذا القول: سوى أن عزا ذلك إليه أقول: ولعله في كتابه (العقود) الذي طبع تحت اسم (نظرية العقد) ومثل هذا يحتاج إلى مزيد توقف ونظر؛ فهل يقبل الدكتور

المذكور مثل هذا العزو إلى مؤلف دون ذكر كتاب ولا صفحة ولا مجلد من أحد تلاميذه الذين يناقشهم في رحاب الجامعة في رسالة جامعية كالمجستير أو الدكتوراة!!

٢- ثم عقب ذلك بقوله: (فما أله الناس تعارفوا عليه دون ترتب نزاع يكون غير منهي عنه).

ولا يفسد العقد كعقد الموالاة... برغم وضوح الغرر والجهالة فيه وضرب لذلك مثالا بصحة الصلح على جميع الحقوق المجهولة لشخص على آخر نظير عوض مالي معين، دون صحة الصلح على بعضها دون الآخر مع جهالة المصالح عليه، وجواز الكفالة بمجهول القدر ثم قال (فجهالة مقدار ما يرتفع به الغرر الناجم عن وقوع الخطر عند إنشاء عقد التأمين جهالة لا تمنع من التنفيذ ولا تنتج نزاعاً بسبب هذه الجهالة).

أقول: لقد سلم الدكتور بوجود الغرر والجهالة في عقود التأمين وبأنه غرر معتبر لدى الفقهاء غير يسير، لكنه دفع هذا التعليل لمنع عقود التأمين بأمرين اثنين:

١- بأنهما مما تدعو إليه الحاجة مما فيه غرر مفسد إذا كان محتملاً لا يؤدي إلى نزاع، مستنداً إلى قول الشيخ ابن تيمية سابق الذكر.

أقول:

أما الحاجة هنا فليست معتبرة شرعاً لأنها حاجة عامة لكنها غير

متعينة إذ لا يمكن وجود البديل عن هذه العقود الفاسدة كما ذكر علماء أصول الفقه في كتبهم وهو مقرر لديهم، هذه واحدة.

والثانية أنه غرر غير مفض إلى نزاع، ومن قال هذا؟ هب أن حرباً عالمية اشتعل أوارها أو محلية لكنها حرب خطيرة شاملة فهل تودى شركات التأمين تعهداتها وتفى بعقودها؟ أم تسحب أذيالها راجعة القهقري معلنة (ظروف طارئة) متسترة بهذه العبارة المطاطة للهرب والتملص من كل ما سبق أن تعهدت به؟ ! أليس هذا يفضى إلى نزاع بين شركات التأمين وعلمائها؟، اللهم نعم، ولدى كل العقلاء؛ نعم.

٢- وقوله (فما ألفه الناس وتعارفوا عليه) وإنى أتساءل؛ متى كان العرف يعارض النهي فيلغيه؟ وقد نهى رسول الله ﷺ عن الغرر...؟

أما استدلاله بعقد الموالة وقياسه هذه العقود عليه فهو قياس مع الفارق واستدلال في غير محله.. فأين عقد الموالة وما ذكر من الصلح من جميع الحقوق والكفالة لما في الذمة وغير ذلك مما نحن فيه، تلك عقود يغلب عليها معنى التبرع والإيثار وحب الخير وهذه عقود يغلب عليها معنى الاسترياح والاستغلال وعلى الأقل معنى المعاوضة، فهل يصح هذا القياس؟! اللهم لا...

وبعد فهذه مناقشة وجيزة أحببت أن أختتم بها هذا البحث لم أوف فيها على الغاية، ولكنها أضواء على الموضوع وعسى أن يكون في قادات الأيام إن شاء الله تعالى لنا لقاء علمي مع الكاتب المذكور.

ثانياً: الموازنة:

الذى يبدو من ظواهر الأدلة التى احتج بها الفريقان أن أدلة من ذهبوا إلى تحريم عقود التأمين هى أقوى اسنباطاً وأتم دلالة وأتمن احتجاجاً وأرسخ ارتباطاً بنصوص الشريعة ومقاصدها وقواعدها العامة وذلك للأمور التالية:

١- المجوزون للتأمين اعتمدوا فى أدلتهم استنادات قياسية استنبطوها من استنتاج الفقهاء المجتهدين بينما القائلون بحرمة استندوا على نصوص تشريعية وقواعد أساسية أجمع المجتهدون على الأخذ بها والعمل بمقتضاها والفرق واضح بين الاستدلالين.

٢- المجوزون للتأمين اعتمدوا على تعليقات وتأويلات فى الجواز أقل ما يقال فيها إن فيها معنى الغرر المحرم، بينما اعتمد القائلون بالحرمة نصوصاً مطبعية تحرم الغرر وفرق كبير بين الأمرين.

٣- من القواعد المقررة شرعاً (إذا تعارض المحرم والمبيح قدم المحرم، وإذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع)، لذا نأخذ بجانب الحرمة بعقود التأمين باعتبار أنه يتعارض مع الجانب المبيح على افتراض وجود التعارض ولها تعارض لظهور أدلة المحرمين.

٤- رد القائلون بالتحريم على المبيحين فى مسألة القياس على نظام العوائل ونظام التقاعد والمعاش وعقد الموالاة بأنها عقود تعتمد على التبرع والدافع الذاتى والمساهمة فى أوجه الخير ولا كذلك نظام التأمين التجارى القائم على الاسترباح والاستغلال وابتزاز الأموال.

٥- وكذلك رد القائلون بالتحريم على المبيحين فى استدلالهم
بالإنفاق بمرتب عمري عند المالكية بأن أشهب قال (أكره ذلك) وهو
عند المالكية اصطلاح فى المنع لا فى الإباحة كما قالوا؛ لذا فإنه يصلح
دليلاً للمحرمين لا عليهم، واستدلالهم بقول مالك رضى الله عنه لا
يفيدهم لأن مدة الإنفاق معينة هناك وفى عقد التأمين مجهولة فلا
يصح.

٦- وكذلك ردوا على المبيحين فى استدلالهم بضمان خطر
الطريق عند الحنفية بأن هذا تغرير لا غرر، وفى التغرير يضمن.

٧- وردوا على قاعدة الالتزامات عند المالكية بأن ذلك المتحمل
معلوم وهذا المتحمل فى عقد التأمين غير معلوم فحصل الغرر فبطل
القياس.

٨- وكذلك ردوا على المبيحين بأن الغرر غير مؤثر بقولهم إن
الغرر هنا مؤثر فى صحة العقد لأنه يبنى عليه أكل مال كثير بالباطل
فى جمهور غفير من الناس ليربح أناس ربها فائضا على أكتاف
الآخرين بلا سبب مشروع..

٩- وأما عقد الاستئجار على الحراسة فلا يجوز القياس عليه هنا
لأنه قياس مع الفارق، فهناك العقد القائم على عمل وهو الحراسة
وبذلك الجهد واليقظة، وليس فى عقد التأمين أى عمل تقوم به الشركة
لقاء دفع الخطر عن المؤمنين المساكين.

١٠- أما قول الدكتور السنهورى : إن الضرورة تبيح التأمين

للضرورة مع الغرر كما ذهب إليه مالك فإن المحرمين قالوا، لا نسلم بالضرورة هنا ولا بالحاجة مطلقاً.

لأن الأمة الإسلامية تستطيع أن تتخلص من هذا النظام الاستغلالي إلى تأمين من صنع الشريعة الإسلامية ومن قواعدها وليس في ذلك أى حرج ولا مشقة فيما إذا أراد المسلمون بصدق أن يحكموا شريعة ربهم .

ثالثاً: رأينا في عقود التأمين:

«نهى الرسول ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» .

هل في عقد التأمين غرر؟

الجواب: نعم، وليس غير الغرر في نظري دليلاً ظاهراً يناطح الخصم ويظهر عليه، ويشهد لذلك علماء القانون الذين عدوا بالإجماع هذا العقد من عقود الغرر، وقدر أنه من العقود الاحتمالية في خصائصه.

والغرر إذا استطاع المبيحون أن ينفوه عن أحد طرفي العقد (المؤمن) فلا بد من أن ينتفى الغرر بالنسبة للمستأمن أيضاً وهو ما لم يستطع المبيحون، أن يثبتوه بوجه، ثم هل الغرر في التأمين كثير مانع أم لا؟.

ضابط الغرر الكثير لدى الفقهاء (هو ما غلب على العقد حتى صار العقد يوصف به) وأرى مع الأخ الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير في كتابه القيم (الغرر وأثره في الفقه الإسلامى) أن هذا

الضابط ينطبق على عقد التأمين، فإن من أركان عقد التأمين التي لا يوجد دونها (الخطر) والخطر هو حادثة محتملة لا تتوقف على إرادة أحد الطرفين، ولذا لا يجوز قانوناً التأمين إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع، فالغرر عنصر لازم للعقد التأمين ومن الخصائص التي تتميز بها، ومما يدل على أن الغرر تمكن من عقد التأمين وأصبح صفة لازمة له أن كثيراً من القوانين تذكره تحت عنوان (عقود الغرر) ثم هل هناك حاجة أو ضرورة لعقد التأمين تجعل الغرر الذي في عقد التأمين غير مؤثر.

من المعلوم أن الحاجة أدنى من الضرورة منزلة إذ يلزم بلزومها الحرج والضييق، ويشترط أن تكون الحاجة لاعتبار الغرر غير مؤثر أن تكون عامة أو خاصة، وأن يكون ذلك العقد متعينا لسد تلك الحاجة بحيث لو أمكن سد الحاجة عن طريق عقد لا غرر فيه فلا يصح اللجوء إلى العقد الذي فيه غرر.

والذي يبدو لى أن الحاجة عامة لعموم البلوى، ولكن عقود التأمين بقسط ثابت ليست متعينة لسد تلك الحاجة.

فالذي تقتضيه قواعد الفقه الإسلامى منع هذا العقد بما فيه من غرر كثير من غير حاجة ملجئة إذ من الممكن أن يحتفظ بعقد التأمين فى جوهره ونستفيد بكل مزاياه مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامى وذلك بإبعاد الوسيط الذى يوالى الربح وجعل التأمين كله تأميناً تعاونياً خيرياً بحثاً تتولاه الحكومات فى البلاد الإسلامىة بكافة أنواعه

فتجعل له منظمة تشرف عليه على أن يكون المعنى التعاونى بارزاً فيه بروزاً واضحاً وذلك بالنص صراحة فى عقد التأمين حيثئذ على أن المبالغ التى يدفعها المشترك تكون تبرعاً منه للشركة يعان منها من يحتاج إلى المعونة من المشتركين حسب النظام المتفق عليه.

فالحللاصة (إنى أكره تحريماً كل عقود التأمين التبادلى والتجارى لما فيها من الغرر ولعدم الحاجة إليها).

(وحكم التأمين التجارى كعقد، الفساد لتمكن الغرر منها وفكرة الاسترياح «ولزوم ما لا يلزم شرعاً»، وحكم عقد التأمين التبادلى الجواز مع الإثم) (علما بأن كل عقد فاسد شرعاً عقد ربوى) هذا كله فى التأمين التجارى والتعاونى (التبادلى) فقط.

أما التأمين الاجتماعى الذى تقوم به الحكومات فهو جائز شريطة خلوه من الربا نهائياً.

وأما صور التأمين الأخرى الجديدة التى ابتدعها الغرب ولم نصل إلى معرفة حقيقتها بعد بشكل مفصل فهى تحت مجهر البحث العلمى، ولكل عقد منها حكمه الشرعى حسبما تقتضيه طبيعته وخصائصه.

والله يقول الحق وهو يهدى السبيل...

النقود

المقصد الأول (١)

تغير قيمة النقد

من الدراهم والدنانير فقط وأحكامه بإيجاز

لعل هنالك إقراراً ضمناً لدى الفقهاء بأن الدراهم والدنانير من الفضة في الأولي ومن الذهب في الثانية مستقرة في قيمتها وقوتها الشرائية نسبياً ، ولو أن التغير في القيمة قد يطرأ عليهما بقدر يسير ، والفقهاء متفقون علي التعامل بالدراهم والدنانير دين سببه القرض أو البيع ثم تغيرت قيمته وقت الأداء لسبب من الأسباب ، وحل الأجل فلا يلزم غير ما اتفق عليه بين المتعاقدين . فيؤدي حينئذ بمثله قدراً وصفة ، سواء غلت قيمته أو رخصت ، لأن الديون تؤدي بأمثالها لدي كافة الفقهاء .

ويجري هذا الحكم علي الدراهم والدنانير الخالصة ومغلوبه الغش . وتكاد هذه القضية تكون من المتفق عليه لدي الباحثين القدامي والمعاصرين وحكي بعضهم فيها الإجماع .

(أ) مذهب الحنفية :

قال ابن عابدين : (إن الدراهم الخالصة أو المغلوبه الغش إذا غلت أو رخصت لا يفسد البيع قطعاً ولا يجب إلا رد المثل الذي وقع عليه العقد وبين نوعه كالذهب الفلاني أو الريال الفلاني) ولا يجري هنا خلاف أبي يوسف لأنه محصور بالفلوس فقط .

(١) الدكتور : محمد عبد اللطيف صالح فرفور - مجلة مجمع الفقه الإسلامي ج ٢ العدد ٥ .

(ب) مذهب المالكية :

قالوا إذا بطلت الدينير أو الدراهم فالمشهور قضاء المثل علي من ترتب في ذمته ، وكذا إذا تغيرت من باب أولي، وهناك لبعض المالكية أنه إذا أبطلت تلك العملة واستبدل بها غيرها يرجع إلي قيمة العملة الملغاة من الذهب فيأخذ صاحب القيمة ذهباً ، لكن المشهور في المذهب هو الأول .

(ج) مذهب الشافعية :

وجوب رد المثل في القرض ، وفي إبطال العملة ليس له غير ما تم العقد به نقص أو زاد أو عز ، فإن فقد وليس له مثل ، فقيمه علي الراجح عندهم ووقتها يوم المطالبة.

(د) مذهب الحنابلة :

وجوب رد المثل في القرض ، والقيمة عند الإعواز .
جاء في مجلة الأحكام الشرعية (المكيلات والموزونات يجب رد مثلها، فإن أعوز لزم رد قيمته يوم الإعواز) وقال مثله في المغني فليُنظر .

المقصد الثاني

تغيرُ قيمة النقود الاصطلاحية

(تغيرُ قيمة الفلوس وما يلحق بها في مذاهب الفقهاء القدامي

والباحثين المعاصرين بإيجاز)

المبحث الأول

التغير في الفلوس وما يلحق بها

(أنواعه وأشكاله)

ما هي طبيعة الفلوس ؟

هل الفلوس أثمان أو عروض ؟ هل يدخلها الربا في المعاملات المالية أم لا ؟

علي ضوء الإجابة علي هذه الأسئلة المهمة ينجلي الموقف ...

ودونك الجواب باختصار : اتفق أئمة المذاهب علي أن الفلوس أثمان بالاصطلاح والعرف ، ولا تتعلق بذواتها أحكام محدودة واختلف الفقهاء بعد ذلك اختلافاً كبيراً يرجع إليه في محله ، والذي ترجح هو أن الفلوس ليس لها طبيعة خاصة بها ، وإنما طبيعتها اعتبارية لأنها مستمدة من حقيقة النقدين وطبيعتهما في بعض الصور والحالات ، ومن طبيعة القروض وحقيقتها في بعض الصور والحالات الأخرى ، يدل علي ذلك أن المجتهدين اختلفت منازع نظرهم واجتهادهم فيها فاختلفت أحكام الفروع المستنبطة عندهم ومرجع ذلك لدي التحقيق العلمي إلي طبيعتها الاعتبارية .

جاء في كلام العلامة ابن عابدين (أن الفلوس لها حكم العروض من وجه ، وحكم الثمن من وجه) . اهـ . (انظر رد المحتار : ٤/١٨٤) .
وقد ترجح أن الأوراق النقدية نظيرة الفلوس في علة الثمنية بعد ترجيحنا أن العلة مطلق الثمنية في علة تحريم الربا في النقدين وهي العلة المتعدية حيث قيس عليهما الفلوس ، وكذلك تقاس الأوراق النقدية من الدراهم والدنانير كما قيست الفلوس عليهما وكذلك الكواغد

والأنواط ، فكل ما يجري علي النقدين يجري علي الفلوس وما يلحق بها من الأوراق النقدية .

وهذا ويلحق بالفلوس أيضاً الدراهم والدنانير غالبية الغش فلها قيمة الفلوس وتعامل معاملتها .

وانحصرت حالات التغير في ثلاث حالات :

١- الحالة الأولى : الكساد .

٢- الحالة الثانية : الانقطاع .

٣- الحالة الثالثة : الرخص والغلاء .

١- الحالة الأولى : الكساد :

بأن توقف الجهة المصدرة للنقد التعامل فيه فتترك المعاملة به في كل الأقطار .

اختلفت فيه مذاهب الفقهاء إلي أقوال ثلاثة :

١- فذهب المالكية في المشهور ، والشافعية في المذهب ، والليث بن سعد إلي أنه إذا كسد النقد لم يكن علي المدين غير السكة التي قبضها يوم العقد سواء كان الدين قرضاً أو ثمن مبيع أو غيره ، وحكي عن الإمام الشافعي وجه هو أن البائع يتخير بين إجازة البيع بالنقد القديم أو فسخه .

٢- وذهب الإمام أبو حنيفة فيما يظهر إلي أنه إذا كسدت الفلوس أو انقطعت فالبيع فاسد ويجب الفسخ ما دام ممكناً ، وهذا إذا كان بيعاً

فإن كان ديناً فيجب رد مثله ولو كان كاسداً لأنه هو الثابت في الذمة ،
وذهب الصحابان إلي عدم البطلان ، وعلل كل لرأيه .

٣- وذهب الحنابلة والمالكية في مقابل المشهور والصحابان من
الحنفية إلي أن الفلوس إذا كسدت ترد القيمة .

واختلفوا في وقت تقدير القيمة :

- فذهب جمهور القائلين بهذا الرأي إلي أن الوقت يوم القبض أو يوم
التعامل وهو كذلك للإمام أبي يوسف فيما يظهر .

- واشترط بعض المالكية أن يكون يوم القبض من النقد الرائج .

- وقال الإمام محمد بن الحسن من الحنفية وبعض الحنابلة إنه وقت
الكساد (أي في آخر نفاقها) وترك المعاملة في آخر نفاق الفلوس .

- وفي قول عند الحنابلة وقت الخصومة .

والذي يترجح من هذه الأقوال والله أعلم هو ما ذهب إليه الحنابلة
ومقابل المشهور عند المالكية والصحابين في وجوب القيمة ويرجع إلي
أدلتهم في مظانها عند التوسع .

وأما عن وقت اعتبار القيمة فالذي ترجح أن القيمة المعتبرة هي القيمة
وقت الكساد وترك المعاملة في آخر نفاق الفلوس من الأسواق ، ورجح
زميلنا الدكتور النشمي حفظه الله يوم الاستحقاق وهو بالرغم من أنه لا
قائل به في الكساد قول وجيه .

وهناك حالة الكساد المحلي للنقد الاصطلاحي فالقول المعتمد عند
الحنفية في صورة البيع لا يفسد والبائع بالخيار بين أن يطالبه بالنقد

الذي وقع به البيع وبين أخذ قيمة ذلك النقد من عملة رائجة ، وقيل عن
الشيخين في المذهب الحنفي يجري في الكساد المحلي حكم الكساد العام
وهو لم يُرَوَ عنهما بطريق معتمد .

٢- الحالة الثانية : الانقطاع :

الانقطاع عند الفقهاء : (ترك التعامل بها في الأسواق العامة بين
الناس) . انظر ابن عابدين من الحنفية والزرقاني والبناني من
الجمهور . أو (بأن يفقد النقد من أيدي الناس لمن يريده) في عصرنا .
واتفق جمهور الفقهاء من أئمة المذاهب : المالكية والشافعية والحنابلة
والصاحبان من الحنفية وهو المفتي به عند الحنفية علي وجوب القيمة
عند الانقطاع ، وهنالك من قال : إن الانقطاع كالكساد يوجبان فساد
البيع ، وليس بشيء . ثم اختلفوا في وقت تقدير القيمة :

- فذهب المالكية في المعتمد عندهم إلي أنها وقت الحكم .

- والقول الثاني وهو المشهور عند المالكية : أبعد الأجلين من
الاستحقاق والانقطاع ، فالعبرة للمتأخر منهما ، فإن كان الانقطاع أو
الانعدام حصلاً معاً فالأمر واضح ، وإن تقدم أحدهما فالعبرة بالمتأخر .
فإن استُحِقَّتْ ثم عدت اعتبرت القيمة يوم العدم ، وإن عدت ثم
استُحِقَّتْ اعتبرت القيمة يوم الاستحقاق .

- وذهب الشافعية إلي أنها وقت المطالبة ، سواء يوم انقطاعه إن كان
حالاً ، أو يوم حلول الأجل .

- وذهب الحنابلة والإمام محمد بن الحسن وبه يفتي عند الحنفية ، أنها آخر يوم قبيل الانقطاع وهو المعبر عنه بيوم الكساد ، وذهب الإمام أبو يوسف إلي أنها يوم التعامل .

- وذهب الإمام أبو حنيفة إلي أن الانقطاع مثل الكساد يوجب فساد البيع وخالفه أصحابه والمفتي به قول الإمام محمد من الصاحبين في المذهب . والراجح الذي يصر إليه هو قول الجمهور في أن الانقطاع يوجب القيمة ، وفي تقديرها قول الحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية بأنه يوم الكساد لأنه هو اليوم الذي وجبت فيه القيمة علي القول بها .

- قلت : ولعل أظهر مثال علي الانقطاع هو الليرة اللبنانية اليوم في عصرنا الحاضر حتي هجرها الناس من شدة رخصها وتعاملوا بدلاً منها بالدولار الأمريكي في لبنان بعامة وبيروت عاصمة لبنان بخاصة ، حتي كاد يبطل التعامل بها عملياً ، وهو يوم كتابة هذه الكلمات .

٣- الحالة الثالثة : الرخص والغلاء في مذاهب الفقهاء :

المطلب الأول - أقوال أئمة المذاهب الفقهية :

قد تهبط قيمة الفلوس أو الأوراق النقدية بالرخص بالنسبة إلي الذهب والفضة وهذا هو الغالب . وقد ترتفع قيمتها فتعلو . وقد يحدث ذلك بعد أن ثبتت في ذمة المدين قيمة قرض أو ثمن مبيع بالأجل أو غير ذلك ويحل الأجل ، فهل يؤدي ما التزم به باعتبار الرخص والغلاء أولاً اعتبار لهما ؟.

اختلفت الفقهاء في ذلك علي أقوال ثلاثة في مذهبين لدي الفقهاء الأقدمين أصحاب المذاهب رضوان الله عليهم .

١- المذهب الأول ، مذهب الجمهور : المالكية والشافعية والحنابلة ، وهو قول الإمام أبي حنيفة وقول الإمام أبي يوسف أولاً ثم يظهر أنه رجع عنه إلي أن الواجب أداء ذات النقد الثابت في ذمة المدين ، ولا اعتبار للرخص والغلاء ، وللهوني من المالكية وجه في وجوب المثل في الرخص والغلاء حيث ارتضاه رأياً فقيده إذا لم يكثر الرخص والغلاء جداً فتجب القيمة حينئذ لا المثل .

٢- المذهب الثاني ، مذهب الحنفية : فقد ذهب الإمام أبو يوسف وعليه الفتوي في المذهب إلي وجوب أداء القيمة في الرخص والغلاء ، فإن كان ما في الذمة قرضاً ، وجبت القيمة يوم القبض ، وإن كان بيعاً فالقيمة يوم العقد ، وحكي ابن عابدين رحمه الله تعالى الفتوي عليه .

هذا ووجه الرهوني من المالكية بتقييد الرخص والغلاء بما إذا لم يكثر الرخص والغلاء جداً بحيث يصير القابض لها كالقابض لما لا كثير منفعة فيه فتجب القيمة حينئذ يجتمع مع الحنفية في هذه المسألة غير أنهم يطلقون هم ويقيد هو ، فتحصل أن الرهوني مع المالكية في وجوب المثل فيما إذا كان الرخص والغلاء يسيراً ، فأما إذا فحش الرخص والغلاء فهو مع الحنفية في القول بالقيمة فتجب القيمة يوم القبض في القرض ، ويوم العقد في البيع .

المطلب الثاني - خلاصة أقوال المعاصرين وصبها في تيارات في هذه القضية الخطيرة وهي قضية ربط الحقوق والالتزامات بالقيمة الحقيقية في النقد الاصطلاحي :

هنالك ثلاث تيارات واضحة وضوحاً تاماً للباحث المتتبع أجمل القول فيها بما يلي :

١- التيار المتشدد : وهو التيار الذي يعد ربط النقد الاصطلاحي بالقيمة الحقيقية في الحقوق والالتزامات - يعدها نوعاً من الربا الذي حرّمه الإسلام ، فإن لم يكن ربا حقيقة فهو من باب شبهة الربا ، وادعي بعضهم الإجماع علي ذلك ولم أره ، وأما أدلتهم فتنظر في بحوثهم .

٢- التيار الوسط : وهم الذين نظروا إلي الموضوع نظرتين مثالية وواقعية : فتوسطوا في الحكم واعتدلوا أكثر من غيرهم ، ولكنهم اختلفوا في توجيه هذا الاعتدال في الحكم ، فمنهم من ذهب إلي الأخذ بقول الإمام أبي يوسف في القيمة وقيدته بضابط هو وجه الشيخ الرهوني وهو ما إذا فحش التغير إلي الرخص بحيث صار القابض لهذه العملات كالقابض لما لا كثير منفعة فيه وهذا هو المعيار الذي نصبه الشيخ الرهوني لفحش الرخص وكثرتة ، لكنه رجح وقت تقدير القيمة بالقرض يوم القبض ، وبالبيع أخذ رأي سحنون من المالكية في الكساد بأن يرجع إلي قيمة السلعة يوم دفعها بالسكة الجديدة .

- ومنهم من ذهب إلي ربط الأجور بقائمة الأسعار في غير الديون ،
لكنه أخذ بقول الجمهور في الديون والقروض .

- ومن هؤلاء الباحثين من رجح أحد حلين : اعتبار الفلوس وما يلحق
بها من الأوراق النقدية سلعاً تجارية في غير القرض أو إضافة نسبة
مئوية إلي الثمن متأخر الدفع سماها (نسبة التضخم) مع الإبقاء علي
حكم ربويتها .

- ومن هؤلاء الباحثين من فرق بين الغلاء والرخص في الظروف
العادية وبين ما إذا صدر قرار من الدولة بتخفيض عملتها .
ففي الواقعة الأولى ، في حال الوفاء في الأجل المتفق عليه فلا داعي
لبحث التغير للرضا من الطرفين بذلك .

وفي حالة عدم الوفاء فإن كان لعذر قهري فنظرة إلي ميسرة . وإن
كان مطلاً ولبياً من واحد فلا مانع من الحكم علي المدين بتعويض
الدائن .

وفي الواقعة الثانية ، نقل الباحث نص كلام ابن عابدين من أنه يجب
علي المدين دفع النوع الذي وقع عليه العقد لو كان معيناً أو دفع أي
نوع كان بالقيمة التي كانت وقت العقد إذا لم يعين المتبايعان نوعاً ،
والخيار فيه للبائع كما كان الخيار له وقت العقد ، لكن لما كان هناك
ضرر في هذا الحل للبائعين انتهى العمل إلي الصلح علي الأوسط لدفع
الضرر وهو الذي اختاره العلامة ابن عابدين رحمه الله .

٣- التيار المجيز لربط الحقوق والالتزامات بالقيمة الحقيقية من الذهب والفضة : وهو قول الإمام أبي يوسف عليه رحمة الله .

وهو ما رجحه كثيرون من العلماء والباحثين من أعضاء المجمع الموقر ومن غيرهم في جميع صور الرخص والغلاء . وما يتبعه من التضخم والانكماش ... ففي هذا المبحث كلا لا يتجزأ اتخذ هؤلاء الزملاء موقفاً يتطابق مع مقاصد الشريعة العامة والخاصة ، ويرتفع بالموضوع كله عن مزالق الضرر والضرار ، وهو ربط جميع الحقوق والالتزامات في الشريعة بالقيمة الحقيقية للنقود الاصطلاحية ألا وهي الذهب إن لم يتفق عليه من القيمة أو ما اتفق عليه بين المتعاقدين .

وحجة هؤلاء أن البائع إنما بذل سلعته في مقابلة منتفع به لأخذ منتفع به ، فلا يظلم بإعطائه ما لا ينتفع به هذا في البيع ، وأما في القرض والديون فمذنب الدائن إذا احتسب أمره عند الله تعالى فترك تثمير ماله في يده وأقرضه لإنسان مدة ونقص نقصاناً واضحاً فهل جزاءه أن يرجع إليه عشر ماله أو أقل مكافأة له علي أنه أقرض لوجه الله قرضاً حسناً؟! وإذا لبطل المعروف . وأقلع الناس عن الإقراض ، وهلك من جراء ذلك الفقراء المحتاجون .

تذييل : في وقوع العقد علي نقد غير معين النوع .

إذا وقع العقد علي نقد غير معين النوع ولا قرينة تعينه كالريال مثلاً في عصرنا ، والقروش في عصرهم فقد تكلم في هذا الموضوع فقيهان من الحنفية :

١- العلامة ابن عابدين : ذهب إلي أنه قبل صدور الأمر السلطاني بالرخص فيها فالمشتري بالخيار في دفع العملة أو ما يعادلها ، وحكي الاتفاق علي ذلك .

وأما بعد ورود الأمر السلطاني بالرخص فيما أن تكون العملات متساوية في قيمتها أو مختلفة :

- فإن كانت متساوية في الرخص وجب دفع ما يعادل تلك العملات بالسعر الذي كانت عليه وقت العقد .

- وإن كانت مختلفة فيلجأ إلي الصلح فيدفع الوسط .

٢- وذهب الشيخ عبد القادر الحسيني إلي أن من باع بالقروش قبل ورود الأمر السلطاني ثم قبل قبض الثمن ورَدَ الأمر من الدولة بتراجع أسعار النقود ، فعلي المشتري أن يدفع ما يعادل القرش بحساب العرف من أي نوع كان بالسعر الذي يروج به وقت القبض برضا البائع ، وللبائع طلب المسمي في عقد البيع أو مثله .

والذي ترجح هو رأي ابن عابدين لكونه وافق مقصود الشارع من استقرار المعاملات ورفع الضرر وأرفق بالعاقدين كما هو ظاهر .

المقصد الثالث

ترجيح الربط بالقيمة في الفلوس والعملات المعاصرة

(وجه الاستحسان وضوابطه)

الذي يترجح في هذه المسألة الخطيرة والواقعة الشائكة من واقعات العصر ونوازلها هو قول الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى ، وهو

مجرد رأي لا أدعي فيه أنه فتيا ولا هو حكم الله في الواقعة ، بل هذا متروك لمجتمعنا الموقر ليبيت فيه العلماء الأجلاء فيكون اجتهاد جماعة لا اجتهاد فرد ، وهو رأي أعرضه علي المجمع بكامل هيئته للدرس ، رحم الله الإمام أبا حنيفة حيث قال : (علمنا هذا رأي وهو أحسن ما قدرنا عليه . فمن جاءنا بأحسن منه كان أحق) وللمجمع الكريم كل الحق في قبول هذا الرأي مقروناً بضوابطه أو رده أو التخير منه أو التوقف إن وجد في ذلك مصلحة عامة دينية . ولكن لهذا القول ضوابط يجب الوقوف عندها والاعتداد بها لجماعاً لقول الإمام أبي يوسف وكبحاً لجماعه ، وهذه الضوابط اثنان فيما أري والله تعالي أعلم .

١- الضابط الأول :

أن يخرج التغير بالرخص أو الغلاء عن التغير اليسير الذي يتسامح به التجار عادة . والمعيار في التغير يسيراً أو فاحشاً خبرة التجار ، كما هو القول في الغبن في البيوع الموقوفة التي يضر فيها الغبن ، فالراجح أنه قول التجار من أهل الخبرة والتخصص .

ولا يتجه هنا وجه الرهوني من المالكية ومن تبعه من العلماء الزملاء مع تقديري لمحاولة كبهم جماح قول أبي يوسف ، فإن وجه الشيخ الرهوني هنا ليس إلا إلحاقاً لهذه الواقعة الواقعة التغير - بواقعة الكساد . وتجب حينئذ القيمة عند الصاحبين من الحنفية وعند الحنابلة والمالكية في مقابل المشهور كما مرّ .

فقول الشيخ الرهوني بوجوب المثل في الرخص والغلاء إذا لم يكثر الرخص والغلاء جداً بحيث يصير القابض لها كالقابض لما لا كثير منفعة فيه ، قول لا يأتينا بشيء جديد بل كأن الشيخ الرهوني يفرق بين حالتين : حالة الرخص والغلاء اليسير في نظره وهو هنا مع الجمهور في جوب المثل ، وحالة الكساد وهو هنا مع الجمهور أيضاً في وجوب القيمة ولا أستطيع أن أعتد بوجه الرهوني ضابطاً لرأي أبي يوسف لئلا يمضي رأي أبي يوسف في كل رخص أو غلاء ولو يسيراً كما أخذ بذلك بعض الزملاء في المجمع حفظهم الله .

وقولهم : (لئلا يمضي رأي أبي يوسف في كل رخص أو غلاء ولو يسيراً فتضطرب المعاملات وتتزعزع ثقة الناس في التبادل بالفلوس ومثلها الأوراق النقدية ، ولأن الغبن اليسير أو الغلاء والرخص اليسير لا تخلو منه المعاملات) ، قول سديد ، ولكن هل يصلح وجه الشيخ الرهوني - رحمه الله - من المالكية ضابطاً لهذا الجموح المتوقع؟! اللهم لا بل هذا ذهاب منه لإلحاق الرخص بالكساد وليس كلامنا في الكساد .

بل الضابط في اليسير والفاحش هو قول التجار أهل الخبرة ، فما يروونه يسيراً فهو يسير ، وما يروونه تغييراً فاحشاً كثيراً فهو كثير . وهو معيار منضبط اعتبره الشرع دائماً في الأمور الفنية البحتة . ومعني هذا أن التغيير الفاحش شيء والكساد الذي عبر عنه الرهوني رحمه الله شيء آخر .

ويظهر ذلك بالمثال الآتي من واقعات العصر (الليرة اللبنانية والليرة التركية) فالليرة اللبنانية أصابها رخص ألحقها بالكاسدة كما ذهب إليه الشيخ الرهوني فهي لم ترخص ولكن كسدت فوجب القيمة لأنها وصلت من الكساد إلي حد أصبحت لا قيمة لها فانقطعت من التعامل أو كادت ، بينما الليرة التركية رخصت رخصاً فاحشاً ولكن لم تكسد ولم تنقطع من التعامل وكذلك مثيلاتها من السورية وغيرها فهذا هو المثال الصحيح للرخص الفاحش الذي لم يدخل تحت الكساد أو الانقطاع المتفق علي أنه تجب فيهما القيمة عند أبي يوسف رحمه الله .

فتجب القيمة هنا أيضاً في هذه الأمثلة في هذا الترجيح ، ولا تجب القيمة عند الشيخ الرهوني ومن تبعه بل يجب المثل . وهنا تحرير محل الخلاف .

وعلي هذا ، فالتغير اليسير الذي يعده خبراء التجار يسيراً يوجب رد المثل فقط لأنه لا يمكن خلو التعامل عنه بحال .

٢- الضابط الثاني :

ربط النقد الاصطلاحي بالذهب أو بالفضة أو بعملة ثابتة نسبياً كالدولار الأميركي والين الياباني ، وذلك بأن ينص في العقد علي هذا الضبط بالقيمة وتحدد هذه القيمة حتي ترد ذاتها عند الوفاء أو عند حلول أجل المداينة أو لتسليم الثمن في القرض في الصورة الأولى ، وفي المداينة في الصورة الثانية ، وفي العقود التجارية كالبيع وغيره في الصورة الثالثة .

إن هذا الربط في العقد شفويًا كان أو كتابيًا يخرجنا في رد القيمة حالة الرخص أو الغلاء من شبهة الربا لأن التعامل انصرف في جوهره إلي القيمة لا إلي الأوراق النقدية الاصطلاحية المعرضة للرخص الشديد أو الغلاء ، وحالة الرخص الشديد أكثر فكأن المتعاقدين تعاقدا علي القيمة لا علي بديلها من هذه الأوراق النقدية الخطيرة ، والقيمة ثابتة نسبياً فصار التعاقد علي ثابت لا علي متغير .

وصورة هذا الربط أن يلحظ الدائن والمدين أو المقرض والمستقرض أو البائع والمشتري في هذه الصور وأمثالها أن الثمن أو المال المستقرض هو القيمة من ذهب أو فضة أو دولار أو ين ، أي قيمة هذا المبلغ لا صورته .

فإذا استقرضت منك خمسين ألف ليرة سورية وجب أن يلحظ في القرض عند التسليم أن هذه الليرات تساوي في هذا اليوم كيلو غرام واحداً من الذهب ، فصار هذا الكيلو الذهبي هو المبلغ المستقرض ضمناً وحكماً فوجب أداء ما يماثله من الليرات السورية عند حلول أجل القرض ، فلو انخفضت الليرة السورية إلي أن صارت ٧٠٠٠٠ سبعون ألف ليرة توازي كيلو غرام واحداً من الذهب وجب رد السبعين ألفاً لا الخمسين لأن المال المستقرض حكماً هو الكيلو غرام الذهبي ، والورق النقدي الذي قبضه المستقرض ما هو إلا صورة له وبديل شكلي لمنع الدول التعامل بالذهب بحكم القانون ولكنه بقي جائزاً في حكم الشرع .

أن هذا اللحظ أو هذا الربط في العقد يبعد العقد عن شبهة الربا فضلاً عن حقيقة الربا ، لأن المتعاقد عليه ثابت ينوب عنه في الصورة شيء متغير ، فيرجع إلي الثابت لا إلي المتغير في الجوهر ، وهو من مقصودات الشارع لأنه يحقق العدل ويبقي علي المعروف .

توجيه هذا الترجيح بضوابطه :

١- الفلوس وما يلحق بها أثمان باصطلاح الناس فإذا تغير اصطلاحهم فينبغي مراعاة هذا التغير بحيث لا يترتب علي طرف ضرر، وإلا لم يعد للاصطلاح قيمة ولا فائدة .

٢- ثم إن الرخص والغلاء كالعيب اللاحق للفلوس فترتب عليه ظلم للدافع والرخص فيجبر بالقيمة ولا يبطل العقد كما لم يبطل في الكساد والانقطاع ، وهو نظر أبي يوسف في أحوال التغير كلها في الكساد والانقطاع والرخص والغلاء .

٣- والقياس الجلي في الرخص والغلاء يقتضي رد المثل في الفلوس لأنها قيست علي الدراهم والدنانير التي يجب فيها بالاتفاق رد المثل ، بجامع الثمنية في الإلحاق وهي العلة المتعدية .

لكننا تركنا القياس الجلي إلي الاستحسان وهو القياس الخفي الذي يقتضي رد القيمة بدليل المصلحة والضرورة علي رأي الحنفية .

والعلة الخفية التي بني عليها الاستحسان هنا أن اجتماع الفلوس مع الدراهم والدنانير في علة الثمنية لا يمنع من حيث آثار كل أن يختلفا في قيمة الثمنية ، فالدراهم والدنانير لا تبطل ثمنيتها بحال ، وهي في

الخلقة ثمن ورخصها اليسير جداً لا قيمة له ، فلا يترتب ضرر محقق للعاقدين حتي يجب رفعه .

بخلاف الفلوس والأوراق النقدية فقد تبطل ثمنيتها وقد ترخص كثيراً ، فينظر حينئذ إلي ما انبني عليها من آثار شغل الذمم ، فقد فارقت في هذا الحال مماثلة الدراهم والدنانير صورة برخص قيمتها ، ولم تفارقه حقيقة في مقدار ما شغلت به الذمة مما اصطلح عليه حين العقد وإن لم يقبل هذا في مفارقة الفلوس الدراهم والدنانير ، فيمكن اعتبار المفارقة استحساناً للمصلحة أو الضرورة علي رأي الحنفية ، ويخرج هذا الرأي علي عنصر نظائر فقهية ، فقال الفقهاء في بيع الفلوس إذا حصل تخالف وفسخ وهي تالفة فتجب القيمة وكذلك استعارة الفلوس وتلفها قال بعضهم بالقيمة يوم التلف ، ولو أخذت الفلوس علي جهة السوم فتلفت ففيها القيمة .

وكذلك قاعدة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) و(دفع الضرر ورفع الحرج) و (الضرورات تبيح المحظورات وتقدر بقدرها) قواعد يمكن التخريج عليها هنا في هذا المضمار .
والله تعالي أعلم .

الخاتمة

وفي ضوء ما سبق أختتم هذه الدراسة بما يلي :

- أولاً : النقود مرجعها إلي العادة والاصطلاح ولهذا كانت النقود الورقية نقداً قائماً بذاته ، له ما للذهب والفضة من الأحكام ، وبهذا أفتي

مجمع الفقه التابع لرابطة العالم الإسلامي ، ومجمع الفقه المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي ، وغيرهما .

هذا يعني أن بيان السنة المطهرة في الدنانير والدرهم ينطبق علي نقود عصرنا وكل عصر .

وخلاف أبي يوسف في الفلوس لا يجري علي النقود الورقية ، لأنه لم يعد الفلوس نقوداً شرعية ، أو نقوداً بالخلقة كالذهب والفضة ، فلو طبق رأيه في الفلوس علي نقود عصرنا لأصبحنا في عصر بلا نقود .

• ثانياً : النقود الورقية نقود إلزامية ، ولذلك لا نشعر بمشكلة الكساد والانقطاع ، وإن كانت هذه المشكلة يمكن أن تقع في القليل النادر كما حدث للمارك الألماني بعد الحرب العالمية ، وفي مثل هذه الحالة يمكن الأخذ برأي بعض الأئمة في النظر إلي قيمة الدين .

• ثالثاً : الموضوع فيه بيان السنة الشريفة ، وإجماع لم يرد من يخالفه من الصحابة أو التابعين أو الأئمة المجتهدين ، والاجتهاد يجب أن يكون في ضوء النص والإجماع .

• رابعاً : العقود المشروعة لا تشتمل علي جهالة تفضي إلي الخلاف والنزاع ، ورد النقود الورقية بقيمتها تجعل المقرض لا يدري ماذا سيأخذ ، والمفترض بماذا سيطلب ؟ ولا يدري الاثنان المقياس الذي يلجأن إليه عند الخلاف في القول بالزيادة والنقصان أو الثبات ، وتحديد مقدار الزيادة أو النقصان .

ولهذا وجدنا القوانين الوضعية ، مع سوتها وإياحتها الربا المحرم ، تنص علي أن القرض يرد بمثله عدداً دون نظر إلي القيمة .

• خامساً : ما استقر في الفقه الإسلامي من رد القرض بمثله لا بقيمته، وهو ما تسير عليه القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية وغيرها من بلدان العالم ، هو أيضاً ما أخذت به القوانين الدولية . فالقروض الدولية ترد بمثلها عدداً ، فكيف نطالب دولنا الإسلامية بترك هذه القوانين التي تتفق ولا تتعارض مع الفقه الإسلامي ؟

• سادساً : الذين دعوا إلي رد القرض بقيمته نظروا إلي الانخفاض فقط ، ولو أخذ بالقيمة لوجب النظر إلي الزيادة والنقصان معاً .

وعلي سبيل المثال :

إذا اقترض أحد من أخيه في الدول النفطية التي تعد نفودها أساساً ثمناً للنفط ، ثم انخفض النفط إلي الربع، فما حق المقرض؟ أهو الربع فقط؟ فإذا أقرضه أربعة آلاف ، وهي ثمن قدر معين من النفط ، فبعد الانخفاض يكون ثمن هذا القدر ألفاً فقط . فهل من حق المقرض أن يقول للمقرض : ليس لك عندي إلا ألف ، أو مقدار كذا من النفط قيمة الألف بسعر اليوم ، وقيمة أربعة آلاف وقت الاقتراض ؟ وإذا تركنا النفط وجئنا لغيره :

مثلاً كيس الذرة وصل إلي مائتي جنيه ، ثم انخفض إلي خمسة وعشرين ، فإذا اقترض مائتين ليشتري كيس الذرة ، فهل بعد الانخفاض يرد كيس الذرة أو خمسة وعشرين جنيهاً فقط ؟

• سابعاً : ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بمستوي الأسعار بحث لموضوع كلي لا يتجزأ ، فإما أن يؤخذ به في جميع الحقوق والالتزامات ، وإما إلا يؤخذ به في الجميع أيضاً .

فمن الظلم أن يؤخذ به في الحقوق ويترك في الالتزامات أو العكس . ومن الظلم أيضاً أن يؤخذ به في بعض الحقوق أو الالتزامات دون بعضها الآخر . والأكثر ظلماً أن يؤخذ به في حق أو التزام لأحد دون أحد . وعلي سبيل المثال أقول : لو أخذنا بأن القرض يرد بقيمته لا بمثله ، وكان لمصرف ما قروض مقدارها خمسة ملايين ، ولديه حسابات جارية مقدارها عشرون مليوناً ، والحساب الجاري عقد قرض شرعاً وقانوناً كما هو معلوم ، ووصل التضخم إلي ١٠ % ، وزادت قروض المقترضين بهذه النسبة ، فيجب أيضاً أن تزيد قروض المقرضين ١٠ % ، أي أن الحسابات الجارية يسجل لأصحابها هذه الزيادة . أفنتكر المصارف في هذا ؟ أم أنها تريد زيادة القرض الذي هو حقها دون القرض الذي تلتزم به ؟

كما أن المصارف الإسلامية لا تأخذ ربحاً عن عملها كمضارب إلا بعد عودة رأس المال كاملاً . فلو قلنا (بالقيمة) لا المثل فإن نسبة التضخم تضاف لرأس المال أولاً ، ثم يوزع الربح بعد هذا . فهل تري المصارف الإسلامية - لو طبق هذا - أنها ستأخذ أي ربح ؟ أم أن كل ما تحققه من أرباح سيكون جزءاً من التضخم ؟

• **ثامناً** : زيادة التضخم تعني انخفاض قيمة النقود ، ويلاحظ أن هذه الزيادة تفوق ما تحققه المصارف الإسلامية من أرباح ، وما تحدده البنوك الربوية من ربا .

فلو أن القرض يرد بقيمته فلا حاجة للاستثمار ، وللتعامل مع البنوك ، ويكفي أن تعطي الأموال مقترضاً يحتفظ لنا بقيمة القرض ، ويتحمل زيادة التضخم التي تصل أحياناً إلي مئات في المائة .

• **تاسعاً** : القرض عقد إرفاق ، وله ثوابه وجزاؤه من الله عز وجل ، وقد ينتهي بالتصدق **﴿وإن تصدقوا خير لكم﴾** ، فكيف اتجهت الأنظار إلي المقترض بالذات ليتحمل فروق التضخم ومساوئ النظام ؟!

• **عاشراً** : من حق المقرض أن يمنح ما يري أنه أكثر ثباتاً وأقل عرضة للانخفاض . من حقه أن يقرض ذهباً ، أو فضة ، أو عملة يري أنها أكثر نفعاً له ، ولعل هذا يساعد علي وجود مخرج لمن يحجم عن الإقراض خوفاً من انخفاض قيمة النقود الورقية ، فكأنه يدخر ما يري أنه أنفع له . ولكن ليس من حقه بعد هذا أن يطالب بغير المثل إذا جاء الأمر علي خلاف ما توقع ، فماذا يفعل من انخفضت قيمة مدخراته في غير حالة الإقراض ؟

• **حادي عشر** : التضخم يعد من مساوئ النظام النقدي المعاصر ، فهل المقترض هو الذي يتحمل هذه المساوئ ؟
أفلا يجب البحث عن أسباب التضخم وعلاجه ، وعن عيوب النظام النقدي ، ووسائل تجنبها ؟

أفلا يجب البحث عن أسباب التضخم وعلاجه ، وعن عيوب النظام النقدي ، ووسائل تجنبها ؟

أفلا نبحت عن نظام نقدي إسلامي نقدمه للعالم كما قدمنا له مثلاً البديل الإسلامي للبنوك الربوية ؟

• ثاني عشر : في عصرنا ظهرت الدعوة إلي رد القيمة في القرض ، ولم نكد نسمع من يقول بالالتزام بالقيمة في البيع الآجل الذي قد يمتد أكثر من عشرين سنة ، تتخفف النقود خلالها إلي ما لا يمكن تصوره وقت البيع . والمشتري يلتزم بالثمن المحدد عدداً لا قيمة ، والبائع لا يطالب بأكثر من هذا ، وليس من حقه إلا ما حدد عند عقد البيع .

فلو جاز النظر إلي القيمة لكان في مثل هذا البيع ، لا في القرض الذي يجب ألا يكون إلا ابتغاء وجه ربه الأعلى .

• ثالث عشر : تغير قيمة النقود لا يظهر في القروض والديون فقط ، وإنما يظهر أيضاً في عقود أخري ، فمؤجر العقار مثلاً في معظم البلاد الإسلامية ليس من حقه إنهاء العقد واسترداد ما يملك إلا بموافقة المستأجر ، ولهذا يمتد العقد إلي عشرات السنين ، وقد تصبح قيمة الإيجار لا تزيد عن واحد أو اثنين في المائة من قيمة النقود عند بدء العقد .

فالنظر إلي تغيير قيمة النقود لا بد أن تكون شاملة عامة .

• رابع عشر : ومن الشمول والعموم أيضاً ، وهو ضروري وهام جداً ، أن ننظر إلي من يلتزم بالقيمة أو بالمثل .

فمثلاً الأجير الخاص الذي يأخذ راتباً شهرياً محدداً ، عندما تنخفض قيمة النقود فهذا يعني أن راتبه قد انخفض في الواقع العملي . فإذا كان مقترضاً ، ومديناً بثمن شراء ، ومستأجراً ، فكيف نطالبه بالزيادة العددية التي تعوض نقص القيمة قبل أن نعوضه هو شخصياً عما أصابه من نقص في قيمة راتبه ؟

* * *

وما تقوم به بعض البلاد من زيادة الراتب نظراً للغلاء ، بما يسمى "غلاء المعيشة" يتفق مع بيان السنة الشريفة من حيث المبدأ ، لكنه غالباً لا يحقق ما أراده الإسلام من تمام الكفاية .
وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي ما يلي :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام علي سيدنا ونبينا محمد خاتم النبيين وعلي آله وصحبه .

قرار رقم (٤)

بشأن

تغير قيمة العملة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلي ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ / ١٠ إلي ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨ م .

بعد إطلاع علي البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع
(تغير قيمة العملة) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله .
وبعد الإطلاع علي قرار المجمع رقم (٩) في الدورة الثالثة بأن
العملات الورقية نقود اعتبارية فيها صفة الثمنية كاملة ، ولها الأحكام
الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم
وسائر أحكامهما .

الفهرس

الصفحة	الموضوع
٣	الزكاة
٣٣	الإجهاض
١٨٧	التأمين
٢٣٥	النقود

كتابي محض
نقد أصول