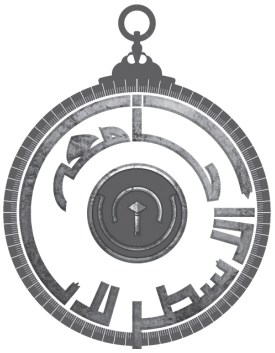


جامعة الاسطرلاب الدولية
INTERNATIONAL ASTROLABE UNIVERSITY

مجلّة إسْلاميّة علميّة محكّمة

تعنى بالبحوث والدراسات الإسلامية

(تصدر كل ستة أشهر مؤقتًا)

السنة الثالثة عشرة العدد التاسع والعشرون

١٦/شوال/١٤٣٩هـ

الموافق ٢٠١٨/٦/٣٠م

رئيس التحرير والمدير المسؤول

فضيلة الشيخ أ.د: سعد الدين بن محمد الكبي

مدير التحرير

فضيلة الشيخ الدكتور: محمود بن صفا الصياد العكلا

المراسلات: لبنان - طرابلس ص.ب 208

تلفاكس: 009616471788

بريد إلكتروني:

albahs_alalmi@hotmail.com

الحوالات المصرفية باسم

مجلة البحث العلمي الإسلامي

بنك البركة - لبنان - طرابلس

حساب رقم: 13903

بسم الله الرحمن الرحيم

قواعد النشر في المجلة

إتاحة في الفرصة للإفادة من أبحاث العلماء والباحثين، فإن إدارة المجلة ترحب بنشر الأبحاث وفق الشروط التالية:

١ - أن يكون البحث متخصصاً في مسألة من المسائل العلمية، أو قضية من القضايا الإسلامية النازلة.

٢ - أن يتسم البحث بالأسلوب العلمي، وفق قواعد وأسس البحث العلمي، مع التوثيق وعزو المصادر، وتخريج الآيات والأحاديث.

٣ - أن يكون البحث جديداً غير منشور سابقاً، ولا مستلًا من رسالة الباحث العالمية - الماجستير -، أو العالمية العالية - الدكتوراه -.

٤ - أن لا تقل عدد صفحات البحث عن ١٦ صفحة، ولا تزيد عن ٤٨ من حجم الورق (A4) مقاس الكلمة (١٦).

٥ - إرسال البحث على عنوان المجلة في قرص مدمج على برنامج: (Microsoft-Word).
وبخط: (Traditional Arabic).

٦ - إرفاق ملخص عن البحث باللغة الإنكليزية، ولا يزيد عن صفحتين.

٧ - إرفاق نسخة عن سيرة الباحث الذاتية، مع كتابة العنوان بالتفصيل.

٨ - يخضع البحث قبل نشره للتحكيم، ويتمّ إبلاغ الباحث بالنتيجة.

ملاحظات

١ - لا يلزم من تسليم البحث وإيصاله إلى إدارة المجلة اعتماده ونشره.

٢ - لا تلتزم إدارة المجلة بإعادة البحث الذي لم ينشر إلى كاتبه.

٣ - إن نشر البحث في مجلة البحث العلمي، لا يعني بالضرورة تبنّيه، ويبقى تعبيراً عن رأي كاتبه.

جميع الحقوق محفوظة

مجلة البحث العلمي الإسلامي

العدد التاسع والعشرون، السنة الثالثة عشرة، ١٦ شوال ١٤٣٩هـ - الموافق ٢٠١٨/٦/٣٠م

هيئة التحرير

فضيلة الشيخ أ.د: سعد الدين بن محمد الكبي
رئيس التحرير والمدير المسؤول

فضيلة الشيخ الدكتور: محمود بن صفا الصياد العكلا
مدير التحرير

فضيلة الشيخ: يوسف طه
سكرتير التحرير

الأستاذ: مصعب الكبي
سكرتير إداري

الهيئة الاستشارية

الأستاذ الدكتور مبارك بن سيف الهاجري
(عميد كلية الشريعة سابقاً - جامعة الكويت)

الأستاذ الدكتور بسام خضر الشطي
(أستاذ في كلية الشريعة - جامعة الكويت)

الأستاذ الدكتور محمود عبود هرموش
(أستاذ في جامعة الجنان - لبنان)

الأستاذ الدكتور عاصم بن عبد الله القريوتي
(أستاذ السُّنَّة النبويّة وعلومها بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض)

الأستاذ الدكتور عمر عبد السلام تدمري
(أستاذ بالجامعة اللبنانية سابقاً)

الدكتور محمود محمد الكبش
(أستاذ أصول الفقه المساعد بكلية الشريعة - جامعة أم القرى)

بالتعاون مع أساتذة في الجامعات العربية والإسلامية

المحتويات

العدد التاسع والعشرون، السنة الثالثة عشرة، شوال ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.

افتتاحية العدد ٥

البحوث والدراسات ٩

- **نكاح اليتامى**

د. حسن تيسير عبد الرحيم شموط ١١

- **موقف الإسلام من حماية الأسرار الطبية للمريض**

د. كمال الزهران..... ٧١

- **توظيف عقد البناء والتشغيل والنقل B.O.T في إنشاء وإدارة المرافق العامة**

د. أحمد الجزار بشناق ١٢١

الافتتاحية

بقلم رئيس التحرير

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونسغفره، ونعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله.

أما بعد؛ فهذا العدد التاسع والعشرون، يصدر مع دخول شهر شوال وعيد الفطر المبارك، وقد دخلت المجلة عامها الثالث عشر، سائلين الله سبحانه أن يعيد هذا العيد وقد تغير واقع الأمة، ونقلت أقدامها إلى مواطن العز، والجبال الشُّمّ.

كما نسأله سبحانه وتعالى أن يتواكب تقدم المجلة في عمرها مع تقدم البحث العلمي في خططه ونتائجه، وأن تفعَّل هذه النتائج لا أن تبقى حبيسة الأدراج ورفوف المكتبات.

ننشر في هذا العدد ثلاثة أبحاث:

الأول: نكاح اليتيمات في الفقه الإسلامي.

واليتيمة هي الصغيرة، وهذا الزواج يدرجه العلمانيون تحت العنف الأسري.

والإسلام عندما يبيح تزويج الصغيرات، لا يجعله أصلًا في الزواج، فالأصل تزويج الفتاة وهي بالغ رشيدة، ولكن لما كان الأصل في التشريع مراعاة جميع الحاجات، راعى التشريع الإسلامي الحاجة إلى تزويج الصغيرة لو طرأت تلك الحاجة، وهي إما تحقيق مصلحة لها، أو دفع مفسدة عنها.

ومراعاة الحاجات موجود في التشريع الوضعي، فكثيرًا ما ينص القانون على الاستثناء بتزويج فتاة خارج إطار القانون، بقرار تتخذه المحكمة في غرفة المذاكرة، ولكنَّ الفرق بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي في الأحوال الشخصية أن القانون يجعل النظر في اتخاذ القرار إلى القاضي، بينما تجعله الشريعة بيد الولي الشرعي الذي يعتبر المسؤول الأول عن ابنته أو حفيدته، أو موليته، وعليه يعود عارها وشنارها، لذلك كان له النظر في تحقيق مصالحها ودرء المفاسد عنها. ولذلك سميت هذه الأحكام بالأحوال الشخصية لأنها تتبع الشخص وتتصل به، وهو ووليه أدرى بمصالحه من القاضي.

إن الإسلام علَّق الزواج على وصف وهو الشهوة، بينما يعلِّقه القانون على سن قانونية، وكأننا أمام معاملة للحصول على رخصة قيادة السيارة، أو حق الانتخاب.

إن تصنيف زواج الصغيرة إذا دعت الحاجة إلى ذلك يدرجه العلمانيون تحت العنف الأسري، ليكون أقوى في فرض رأيهم وإخضاع المجتمعات لنظرهم القاصر، وهم بهذا التدخل السافر في أحوال الناس الشخصية يكشفون زيف مناداتهم بالحرية، وتحرير الناس من التسلط على إراداتهم، وإذا بهم يتسلَّطون على إرادات الناس، ويريدون التشريع على مقاسهم، لا على مراعاة جميع الحاجات البشرية في كافة المجتمعات!!

والبحث الثاني: موقف الإسلام من حماية الأسرار الطبية، وقد أكد الباحث حق الإنسان في المحافظة على خصوصياته وأسراره لا سيما ما تعلَّق منها بالأمور الطبية.

إن الحفاظ على أسرار الناس المتعلقة بأشخاصهم، سواء كانت طبية، أو اجتماعية، لا جدال فيه، بينما نجد بعض وسائل

الإعلام ليس لها همٌّ إلا الكشف عن عيوب الناس، وأخطائهم، بل أسرارهم، وهم بذلك يخرجون عن الأدب في تعاطي المهنة، وعلى المسؤولين أن يضبطوا الإعلام ويمنعوه من الكشف عن معايب الناس وأخطائهم، والتي الأصل فيها الستر لا الفضيحة.

والبحث الثالث: توظيف عقد البناء والتشغيل والنقل -نقل الملكية- في إنشاء وإدارة المرافق العامة.

وهو بحث يهدف إلى إحياء هذا العقد الذي ينبغي أن تستفيد منه حكوماتنا في عالمنا الذي يضج بأرقام الدَّيْن العام، وبالاستفادة من هذا العقد نحقق أمورًا عديدة، من أبرزها:

١- التوفير على خزينة الدولة، والحدّ من الدَّيْن العام.

٢- توفير مشاريع خدماتية وإنمائية وتشغيلية للمواطن والوطن.

٣- تحريك نشاط الشركات المستثمرة والتي سيتحرك معها سوق العمل، والحد من البطالة.

إننا نرجو من تحكيم الأبحاث ونشرها خدمة المجتمع، والارتقاء به على ضوء الدراسات المحكمة، والتي تخضع لمعايير جامعية، تجعل البحث العلمي أكثر صوابًا.

واللهَ نسأل أن ينفع بهذه الأبحاث فإنه ولي ذلك والقادر عليه.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

مجلة
البحث العلمي الإسلامي

مجلة إسلاميَّة علميَّة مُحكَّمة تعنى بالبحوث والدراسات الإسلامية
تصدر كل ستة أشهر مؤقتاً - لبنان - طرابلس

البحوث والدراسات

مجلة
البحث العلمي الإسلامي

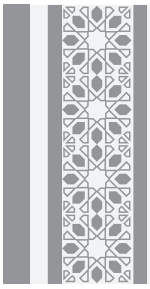
مجلة إسلاميَّة علميَّة مُحكَّمة تعنى بالبحوث والدراسات الإسلامية
تصدر كل ستة أشهر مؤقتاً - لبنان - طرابلس

١

نكاح اليتيمات في الفقه الإسلامي

الدكتور حسن تيسير عبد الرحيم شموط[١]

(١) أستاذ مشارك في القضاء الشرعي/ قسم الفقه وأصوله كلية الشريعة- جامعة جرش - الأردن.



الملخص

يتناول البحث الأحكام الفقهية الخاصة بنكاح اليتيمات، وقد تعرض الباحث فيه إلى بيان معنى اليتيم، وأنه من فقد أباه قبل البلوغ، ثم تكلم عن رأي الفقهاء في نكاح اليتيمات، وأدلتهم في المسألة، حيث رجح الباحث جواز أن يزوج الولي غير الأب اليتيمة، بشرط أن يكون الزوج كفؤاً خالياً من العيوب، وأن لا تزوج بأقل من مهر المثل، كما تناول الباحث موضوع الخيار لليتيمة بقبول الزواج أو فسخه بعد البلوغ، وأن لها الخيار الشرعي في الاستمرار بالزواج بعد علمها به بعد البلوغ أو اعتراضها عليه، ويجب حينئذ أن تلجأ للقاضي ليفسخ العقد.

الكلمات المفتاحية: النكاح، اليتيمات، خيار البلوغ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد النبي الأمي، وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد،

فقد اهتم الإسلام باليتيم، وأنزل الله تعالى آيات من القرآن الكريم تتكلم عن اليتيم وحقوقه، كما جاءت السنة النبوية وتعرضت أيضا لأحكام اليتيم، ومنه هذه الأحكام التي أشارت إليها الآيات القرآنية والأحاديث النبوية؛ نكاح اليتيمات، لذا جاء هذا البحث بعنوان: «حكم نكاح اليتيمات في الفقه الإسلامي»، لبيان خلاف الفقهاء في المسألة، ومدى مشروعية تزويج اليتيمة التي مات والدها وهي دون البلوغ.

أهداف البحث:

١- بيان مفهوم اليتم لغة واصطلاحا.

٢- بيان حكم تزويج اليتيمة التي مات والدها دون البلوغ.

٣- توضيح الشروط الواجب تحققها بالسماح لليتيمة بالزواج.

٤- ذكر ما إن كانت اليتيمة تملك الخيار بعد البلوغ بإجازة النكاح أو فسخه.

مشكلة البحث:

جاء البحث للإجابة عن السؤال الرئيس التالي:

- هل يجوز للولي غير الأب أن يزوج الصغيرة اليتيمة؟

ويتفرع عنه الأسئلة التالية:

١- ما المقصود باليتيمة؟

٢- هل هناك شروط لإباحة الزواج باليتيمة؟

٣- هل تملك اليتيمة الخيار بفسخ العقد أو إجازته بعد البلوغ؟

٤- هل هناك حاجة لإباحة زواج اليتيمات ؟

الدراسات السابقة:

هناك كتب ومقالات عديدة في الموضوع لكن الدراسات العلمية السابقة كما يلي:

١- رسالة ماجستير غير مطبوعة بعنوان: «أحكام اليتيم المالية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية»، إعداد: أيمن خميس عمر حماد، إشراف: الدكتور سلمان نصر الداية، الجامعة الإسلامية في غزة، ٢٠٠٩م.

حيث تناول الباحث مفهوم اليتيم لغة واصطلاحا، ثم تكلم عن الحقوق المالية، ولم يتعرض لموضوع بحثنا وهو نكاح اليتيمات.

٢- رسالة ماجستير غير مطبوعة بعنوان: «أحكام مال اليتيم في الفقه الإسلامي»، إعداد: مريم عطا حامد قوزح، إشراف: الدكتور مروان علي القدومي، جامعة النجاح في فلسطين، ٢٠١١م.

حيث تناولت الباحثة الجانب المالي من حقوق الأيتام، ولم تتعرض لموضوع بحثنا وهو نكاح اليتيمات.

منهج البحث:

اتبع الباحث في هذا البحث المنهج الوصفي والاستقرائي المقارن، واتبع الخطوات التالية:

١- توثيق المعلومات من مصادرها الأصلية.

٢- إذا ذكر الكتاب لأول مرة فيتم ذكر معلومات الكتاب كاملة، فإذا ذكر

مرة أخرى، يكتفى باسم الشهرة للمؤلف مع اسم الكتاب مختصراً.

٣- تخريج الأحاديث النبوية من كتب السنة النبوية.

خطة البحث:

اشتمل البحث على مقدمة وأربعة مطالب وخاتمة.

- **المقدمة**
- **المطلب الأول: مفهوم اليتيمات لغةً واصطلاحاً**
- **المطلب الثاني: حكم نكاح اليتيمات**
- **المطلب الثالث: خيار البلوغ لليتيمة**
- **المطلب الرابع: شروط استعمال حق الخيار للصغار**
- **المطلب الخامس: الحاجة إلى نكاح اليتيمات**

المطلب الأول:
مفهوم اليتيمات لغةً واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف اليتيمة في اللغة.

لو رجعنا إلى كتب اللغة لوجدنا أنّ اللغويين أطلقوا لفظ اليُتم على كثيرٍ من المعاني اللغوية التي يحتملها هذا اللفظ. وسوف يعرض الباحث جملةً من هذه المعاني بحسب ما وردت في كتب اللغة:

فقد استعمل أهل اللغة هذه الكلمة في معاجمهم تحت جذر «يتم» ثمَّ ذكروا لهذا الجذر معانٍ كثيرة تختلف باختلاف الحركة على الياء والتاء من جذر الكلمة الواردة هنا، فقالوا: اليُتْم، بضمّ الياء وسكون التاء، وقالوا: اليَتْم، بفتح الياء وسكون التاء، وقالوا: اليَتَم، بفتح الياء والتاء.

أولا: اليُتْم بضم الياء وسكون التاء:- من معانيه:

١- الإنفراد، واليتيم: الفرد. وقال ابن السكيت: «اليُتْم في الناس من قبل الأب، وفي البهائم من قبل الأم، ولا يقال لمن فقد الأم من الناس يتيم، ولكن منقطع[١]».

قال ابن بري: «اليتيم الذي يموت أبوه، والعَجُّي الذي تموت أمه، واللَّطيم الذي يموت أبواه». وقال الليث: «اليتيم الذي مات أبوه فهو يتيم حتى يبلغ، فإذا

(١) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر للطباعة والنشر، بدون رقم طبعة، ١٩٥٦م، ج١٢، ص٦٤٥.

بلغ زال عنه اسم اليُتْم[١]».

٢- يُطلق اليُتْم على الغَفْلة، قال المفضل: «أصل اليُتْم الغفلة، وبه سميّ اليتيم يتمياً لأنّه يتغافل عن برّه[٢]».

٣- يُطلق أيضاً على الإبطاء:- قال أبو عمرو: «اليُتْم الإبطاء، ومنه أُخذ اليتيم، لأنّ البِرَّ يبطئُ عنه»[٣].

ثانيا: اليَتْم بفتح الياء وسكون التاء:

ذكر ابن منظور رحمه الله أنّ اليُتْم بالضّم والفتح الإنفراد، وقيل: الغفلة[٤]. وذكر الفيروزأبادي في قاموسه أنّ اليَتْم تعني الهمَّ[٥].

ثالثا: اليَتَم بفتح الياء والتاء:-

ذكر ابن منظور أنّ اليَتَم يطلق على عدة معانٍ منها:

فقدان الأب، ومنها الإبطاء، ومنها: الحاجة، ويُقال: يَتِمَ من هذا الأمر يَتَماً: أي انفلت[٦].

وقال ابن منظور: «الأنثى يتيمة، وإذا بلغ زال عنهما اسم اليُتْم حقيقة، وقد يطلق عليها مجازاً بعد البلوغ، كما كانوا يُسمّون رسول الله وهو كبير يتيم أبي طالب، لأنّه ربّاه بعد موت أبيه، وفي الحديث: «تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا،

(١) ابن منظور، المرجع السابق.
(٢) ابن منظور، المرجع السابق.
(٣) ابن منظور، المرجع السابق.
(٤) ابن منظور، المرجع السابق.
(٥) الفيروز أبادي ، محمد بن يعقوب الشيرازي، **القاموس المحيط**، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، ٢٠٠٥م، ص١١٧٢.
(٦) ابن منظور، **لسان العرب**، ج١٢، ص٦٤٦.

فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا[1]» أراد باليتيمة البكر البالغة التي مات أبوها قبل بلوغها، فلزمها اسم اليُتْم، فدُعيت به وهي بالغة مجازاً[2]».

وقال أبو عبيدة: «تُدعى يتيمةً ما لم تتزوج، فإذا تزوجت زال عنها اسم اليُتْم[3]».

واليتائم: رمال منقطع بعضها من بعض أو جبل[4]، واليتيم: الفرد، وكل شيء يعزّ نظيره، فيقال: درة يتيمة[5].

الفرع الثاني: تعريف اليتيمة في الاصطلاح:

لم يختلف الفقهاء في أنّ اليتيمة هي الصغيرة التي مات أبوها قبل البلوغ[6]، يقول الجصاص رحمه الله: «اليتيم المنفرد عن أحد أبويه، فقد يكون

---

(١) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب النكاح، باب في الاستئمار، حديث رقم ٢٠٩٣، ج٢، ص٢٣١، والنسائي في سننه، كتاب النكاح، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة، حديث رقم ٣٢٧٠، ج٦، ص٨٧، وأحمد في مسنده، ج١٢، ص٤٩٦.
والحديث صحيح صححه الهيثمي، انظر: الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، تحقيق: حسام الدين القدسي، القاهرة مكتبة القدسي، بدون رقم الطبعة، ١٩٩٤م، ، ج٤، ص٢٨٠.

(٢) ابن منظور، **لسان العرب**، ج١٢، ص٦٤٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الفيروزأبادي، **القاموس المحيط**، ج٤، ص٣٤٧.

(٥) المرجع السابق.

(٦) السرخسي، محمد بن أحمد أبو بكر السرخسي، **المبسوط**، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٣، ص٢١٤، الماوردي، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، **الحاوي الكبير شرح مختصر المزني**، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م، ج٩، ص٥٤، ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة، ١٩٩٣م، ج١٠، ص٢٤٨،

يتيماً من الأُم مع بقاء الأب، وقد يكون يتيماً من الأب مع بقاء الأُم؛ إلاّ أنّ الأظهر عند الإطلاق هو اليتيم من الأب، وكذلك سائر ما ذكر الله من أحكام الأيتام إنما المراد بها الفاقدون لآبائهم وهم صغار[1]».

ويلاحظ من تعريف اليتيم واليتيمة أنّه يشتمل على شرطين هما:-

١- موت الأب، فإذا كان الأب موجوداً فلا نستطيع أن نطلق على الولد يتيما، ولا على البنت يتيمة.

٢- أن يكون سن اليتيم واليتيمة عند موت الأب قبل البلوغ، أي أن اليتيم واليتيمة لم يصلا إلى سن البلوغ عند موت الأب، فإذا مات الأب وكان كل من الولد والبنت بالغين، فلا نطلق عليهما لفظ اليتيم أو اليتيمة حقيقةً، ولكن يطلق عليهم مجازاً.

قال الجصاص رحمه الله: «ولا يطلق ذلك عليهم بعد البلوغ إلا على وجه المجاز لقرب عهدهم باليتيم[2]».

وقال ابن منظور رحمه الله: «واليُتْمُ في الناس: فَقدُ الصبي أباه قبل البلوغ، وفي الدواب: فقد الأم، وأصل اليتم، بالضم والفتح، الانفراد، وقيل: الغفلة، والأُنثى يتيمة، وإذا بلغا زال عنها اسم اليُتم حقيقة، وقد يطلق عليها مجازاً بعد البلوغ، كما كانوا يُسمّون النبي ﷺ وهو كبير يتيم أبي طالب، لأنّه ربّاه بعد موت أبيه. وفي الحديث: "تُستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها[3]"، أراد

الصنعاني، محمد بن إسماعيل، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**، تحقيق: محمد بن عبد القادر عطا، بيروت، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٩٩١م، ج٣، ص٢٣٢.

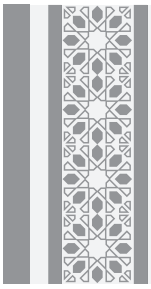
(١) الجصّاص، أحمد بن علي الرازي الجصّاص، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م، ج٢، ص١٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سبق تخريجه.

باليتيمة البكر البالغة التي مات أبوها قبل بلوغها، فلزمها اسم اليُتْم، فدُعيت به وهي بالغة مجازا[1]».

(١) ابن منظور، **لسان العرب**، ج ١٢، ص٦٤٦.



المطلب الثاني:
حكم نكاح اليتيمات

الفرع الأول: تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء في أن اليتيمة البالغة الكبيرة لا يجوز لوليها أن يزوجها إلا برضاها وموافقتها[1].

قال الماوردي رحمه الله: «فأما حال البكر مع غير الأب والجد من الأولياء كالإخوة والأعمام؛ فلا تخلو حالها معهم من أن تكون صغيرة أو كبيرة، فإن كانت كبيرة لم يكن لهم إجبارها إجماعاً، وليس لهم تزويجها إلا بإذنها[2]».

وقال ابن تيمية رحمه الله: «فإنّ الشرع لا يمكّن غير الأب والجد من إجبار الكبيرة باتفاق الأئمة[3]».

---

(١) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، القاهرة، مطبعة الإمام، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٢، ص٢٣٨، الباجي، سليمان بن خلف بن سعد، **المنتقى شرح الموطأ الإمام مالك**، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ النشر، ج٣، ص٢٦٦، الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٥٣، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، **المغني على مختصر الخرقي**، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٧، ص٣٨٥.

(٢) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٥٣.

(٣) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الحنبلي، **مجموع الفتاوى**، تحقيق: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، المدينة النبوية، مجمع الملك فهد لطباعة

واختلف الفقهاء في اليتيمة الصغيرة التي دون البلوغ، هل يحق لوليها أن يزوجها أم لا؟

الفرع الثاني: خلاف الفقهاء في هذه المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم تزويج اليتيمة الصغيرة التي لم تبلغ، كما يلي:

أولاً: المذهب الحنفي: ذهب الحنفية إلى أنّ للولي تزويج اليتيمة الصغيرة ولو لم يكن جداً[1].

قال الدبوسي: «غير الأب والجد من الأولياء له ولاية تزويج الصغير والصغيرة[2]». وقال النسفي: «وللولي إنكاح الصغير والصغيرة، والولي العصبة بترتيب الإرث[3]».

ولكن ينبغي القول إنّ الحنفية عندما أجازوا نكاح الصغيرة التي لا أب لها من قبل وليها إنما اشترطوا له شروطاً ذكرها الحصكفي رحمه الله؛ وهي[4]:

المصحف الشريف، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٣٢، ص٥٧.

(١) السرخسي، المبسوط، ج٤، ص٢١٣، المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني ، **الهداية شرح بداية المبتدي**، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م، ج١، ص٢١٥، السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد، **تحفة الفقهاء**، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م، ج٢، ص١٥٠.

(٢) الدبوسي، أبو زيد عبد الله بن عمر، **كتاب النكاح من الأسرار**، تحقيق: الدكتور نايف العمري، القاهرة، دار المنار، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م، ص ٢٠٥.

(٣) النسفي، عبد الله بن أحمد الحنفي، **كنز الدقائق**، مطبوع مع كتاب تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، بيروت، دار الكتاب الإسلامي الطبعة الثانية، بدون تاريخ النشر، ج١، ص١٢١.

(٤) الحصكفي، محمد بن علي الحصني ، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، مطبوع مع كتاب رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي

١- أن يزوجها من كفء لها.

٢- أن لا يكون في تزويجه لها غبن فاحش.

٣- أن يزوجها بمهر المثل، فلا يزوجها بأقل من مهر مثلها.

ثانياً: المذهب المالكي:

للمالكية في هذه المسألة قولان:

الأول: لا يجوز لأحدٍ من الأولياء غير الأب أن يزّوج الصغيرة قبل البلوغ، أخاً كان أو غيره[١].

قال ابن عبد البر رحمه الله: «قال مالك: لا يجوز لأحد من الأولياء غير الأب أن يزّوج الصغيرة قبل البلوغ أخاً كان أو غيره، وهذا هو تحصيل مذهب مالك عند البغداديين من المالكيين وعليه يناظرون، وهو قول ابن القاسم وأكثر

محمد معوّض بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٤، ص١٧٣، وانظر أيضا: ابن عابدين، محمد بن أمين الشهير بابن عابدين الحنفي، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي محمد معوّض بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٤، ص١٧٣.

(١) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، المغرب، وزارة الأوقاف في المملكة المغربية، بدون رقم الطبعة، ١٩٨٨م، ج١٩، ص١٠٢، ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار**، دمشق، دار قتيبة، الطبعة الأولى، بدون تاريخ النشر، ج١٦، ص٥٨، ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة**، تحقيق: د. أحمد الشرقاوي إقبال، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٨٨م، ج٤، ص٢٨٢، ابن العربي، محمد بن عبد الله ابن العربي المالكي، **أحكام القرآن**، تحقيق: علي محمد البيجاوي، مصر، مطبعة عيسى الحلبي ، الطبعة الثانية، ١٩٦٧م، ج١، ص٣١٠.

أصحاب مالك[1]».

وجاء في المدونة الكبرى: «قلت: أرأيت الصغار أينكحهم أحد من الأولياء؟ قال: -أي ابن القاسم- قال مالك: أمّا الجارية فلا يجوز أن يزوّجها أحد من الأولياء ولا الأوصياء حتى تبلغ المحيض، فإذا بلغت المحيض فزوّجها الوصّي برضاها جاز ذلك[2]».

الثاني: وهو القول المعتمد في المذهب: يجوز تزويج اليتيمة التي ليس لها أب بشروط هي:

١- أن يخاف عليها الفساد في حالها.

٢- أن يكون لها ميل إلى الرجال.

٣- أن تكون قد أتمت عشرة أعوام فأكثر.

٤- أن يشاور القاضي في ذلك إذا أثبت عنده يتمها وفقرها وخلوها من زوج وعدة، ورضاها بالزوج، وأنّه كفؤ في الدين والنسب والحال والمال والصداق، وأنّ مهر مثلها في غير المالكة أمر نفسها، لأنّ المالكة أمر نفسها لها التزويج بدون مهر المثل، ويقصدون بالمالكة لأمر نفسها الرشيدة[3].

قال خليل في مختصره: «فالبالغ إلا اليتيمة خيف فسادها وبلغت عشراً،

---

(١) ابن عبد البر، **الاستذكار** ، ج١٦، ص٥٨.

(٢) مالك، الإمام مالك بن أنس، **المدونة الكبرى برواية سحنون التنوخي عن ابن القاسم عن مالك بن أنس**، بيروت، دار الفكر ، بدون رقم الطبعة، ١٩٧٨م، ج٢، ص١٤٦.

(٣) الخرشي، أبو عبد الله بن محمد بن عبد الله، **شرح الخرشي على مختصر خليل**، بيروت، دار صادر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٣، ص١٧٩، الباجي، **المنتقى**، ج٣، ص٢٦٦-٢٦٧، الدسوقي، محمد عرفة ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٢، ص٢٢٤، الحطّاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٩٩٢م، ج٣، ص٤٢٨-٤٢٩.

وشُوورِ القاضي وإلا صحّ إن دخل وطال[1]»، وقال الخرشي رحمه الله في شرحه لكلام خليل المتقدم: «هذا مستثنى من مفهوم البالغ باعتبار عموم الأحوال، أي أنّ الولي غير المجبر لا يزوج غير البالغ بحال إلاّ اليتيمة، وهي من لا أب لها، فتزوج بشروط أن يخاف عليها الفساد في حالها أو مالها بعدم تزويجها، ولا يحتاج إلى زيادة، وكان لها ميل للرجال، وأن تكون محتاجة لدخوله فيما قبله، وأن تكون قد أتمت عشرة أعوام فأكثر وأن يشاور القاضي الذي يرى ذلك، ... وإلا صح إن دخل وطال، أي وإنْ زوجت اليتيمة مع فقد الشروط أو بعضها فإنّ النكاح يصح إن دخل بها الزوج، وطال مكثها معه[2]».

ولهذا ذكر الدسوقي رحمه الله ما هو المعتمد في هذه المسألة عندهم فقال: «والحاصل أن بلوغها عشراً مطلوب لمراعاة القول الآخر وهو مذهب المدونة والرسالة، أنها أي اليتيمة لا تزوج إلا إذا بلغت، وليس شرطاً يتوقف عليه تزويجها على القول الذي جرى به العمل بتزويجها، وكذلك مشاورة القاضي، وإن كانت واجبة ليس شرطاً على ما علمت، فلذا قال شيخنا العلامة العدوي: المعتمد في هذه المسألة ما ارتضاه المتأخرون من أن المدار على خيفة الفساد، فمتى خيف عليها الفساد في مالها أو في حالها زُوجت، بلغت عشراً أو لا، رضيت بالنكاح أم لا، فيجبرها وليها على التزويج، ووجب مشاورة القاضي في تزويجها، فإن لم يخف عليها الفساد وزُوجت صح إن دخل وطال، وإن خيف فسادها وزوجت من غير مشاورة القاضي صح النكاح إن دخل وإن لم يطل[3]».

ثالثاً: المذهب الشافعي:

ذهب الشافعية إلى أنّه لا يجوز لغير الأب والجد تزويج الصغيرة حتى تبلغ

(١) خليل، خليل بن اسحاق بن موسى، **مختصر العلامة خليل**، مطبوع مع كتاب الخرشي على مختصر خليل، بيروت، دار صادر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٣، ص١٧٩.

(٢) الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص١٧٩.

(٣) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٢٢٤.

وتأذن، فإنْ زُوجت اليتيمة الصغيرة قبل بلوغها كان النكاح باطلاً عندهم[١].

فاليتيمة الصغيرة العاقلة لا يصح لغير الأب والجد أن يزوجها بحال من الأحوال، لأن زواجها يتوقف على إذنها ورضاها، والصغيرة لا يعتبر لها إذن، فلا تزوج إلا إذا بلغت. فإن كانت الصغيرة يتيمة انتقلت الولاية عليها في المال والنكاح للحاكم، ولكن لا يصح له أن يزوجها إلا بشرطين:

١- أن تبلغ لأنها لا تحتاج للزواج قبل البلوغ.

٢- أن تكون محتاجة بعد البلوغ إلى النفقة أو الخدمة، بحيث لا تندفع حاجتها بغير الزواج[٢].

قال الشافعي رحمه الله: «ولا يزوج الصغيرة التي لم تبلغ أحد غير الآباء، وإن زوجها فالتزويج مفسوخ، والأجداد آباء إذا لم يكن أب يقومون مقام الآباء في ذلك[٣]».

وقال الشيرازي رحمه الله: «ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن[٤]».

رابعاً: المذهب الحنبلي

للحنابلة في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

---

(١) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، **الأم**، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة، ١٩٩٠م، ج٥، ص٢١، الشيرازي، إبراهيم بن بن يوسف، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، مصر، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الثانية، ١٩٥٩م، ج٢، ص٣٨، المطيعي، محمد نجيب، **تكملة المجموع شرح المهذب للنووي**، جدة، مكتبة الإرشاد، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج١٧، ص٢٦٤-٢٦٥.

(٢) الشيرازي، **المهذب**، ج٢، ص٣٨، المطيعي، **تكملة المجموع شرح المهذب**، ج١٧، ص٢٦٤.

(٣) الشافعي، **الأم**، ج٥، ص٢١.

(٤) الشيرازي، **المهذب**، ج٢، ص٣٨.

الأول: ليس للأولياء غير الأب تزويج اليتيمة الصغيرة، فلا تزوج إلا بإذنها[١].

الثاني: للأولياء من غير الأب تزويجها وبدون إذنها[٢].

الثالث: وهو المعتمد في المذهب أن للأولياء من غير الأب تزويجها إذا بلغت تسعاً بإذنها، ولا يجوز قبل ذلك[٣].

وقد أشار ابن تيمية إلى أنّ الرواية المشهورة عن الإمام أحمد هي الرواية الثالثة وهي: إذا بلغت تسع سنين زوجت بإذنها[٤].

خامساً: المذهب الظاهري: ذهب الظاهرية إلى أنّه لا يجوز للأولياء عدا الأب أن يزّوج الصغيرة التي لم تبلغ، سواء أكان ذلك للضرورة أم لا[٥].

---

(١) ابن قدامة، **المغني**، ج٧، ص٣٨٢-٣٨٣، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: سعيد محمد اللحام، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م، ج٣، ص٢٠، ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج٣٢، الصفحات: ٤٣، ٤٦، ٥٠، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، **المبدع في شرح المقنع**، بيروت، المكتب الإسلامي، بدون رقم الطبعة، ١٤٠٠هـ، ج٧، ص٢٥-٢٦، الزركشي، محمد بن عبد الله، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، الرياض، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م، ج٥، ص٨٢-٨٦.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) البهوتي، منصور بن يونس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٥، ص٤٦، البهوتي، منصور بن يونس، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، بيروت، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م، ج٢، ص٦٣٦.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج٣٢، ص٤٩.

(٥) ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري، **المُحلى بالآثار**، تحقيق: الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٩، ص٣٨.

الفرع الثالث: خُلاصة المذاهب الفقهية في المسألة

بعد أن استعرض الباحث أقوال المذاهب الفقهية، يخلص الباحث إلى أن الخلاف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: لا يجوز لأحدٍ من الأولياء غير الأب أن يزوّج الصغيرة قبل البلوغ أخاً كان أو غيره، وقد ذهب إليه كل من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة في رواية[٣]، والظاهرية[٤].

وأضاف الشافعية الجد إلى الأب، فيجوز أن يزوّج الصغيرة الأب أو الجد عند فقد الأب[٥].

القول الثاني: يجوز لغير الأب والجد من الأولياء تزويج اليتيمة الصغيرة التي لم تبلغ. وقال بهذا القول الحنفية بشروط سبق ذكرها[٦]، والحنابلة في رواية[٧]، وهذا القول هو اختيار ابن تيمية رحمه الله[٨].

القول الثالث: إذا بلغت اليتيمة تسع سنين فزوُجت فرضيت فالنكاح جائز، أي يجوز للولي غير الأب أن يزوّج اليتيمة إذا بلغت تسع سنوات، ولا يجوز لهم تزويج من هي دون التسع سنين. وقال بهذا القول الإمام أحمد في المشهور

---

(١) ابن عبد البر، **التمهيد**، ج١٩، ص١٠٢.

(٢) القفّال، محمد بن أحمد الشاشي القفّال، **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء**، تحقيق: د. ياسين أحمد ابراهيم درادكة، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٩٨٠م، ج٦، ص٣٣٧.

(٣) الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص٨٥.

(٤) ابن حزم، **المحلى بالآثار**، ج٩، ص٣٨.

(٥) الشافعي، **الأم**، ج٥، ص٢١.

(٦) السرخسي، **المبسوط**، ج٣، ص٢١٣، الحصكفي، **الدر المختار**، ج، ص١٧٣-١٧٤.

(٧) ابن مفلح، المبدع، ج٧، ص٢٥-٢٦.

(٨) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج٣٢، ص٤٦-٤٧.

عنه وهي الرواية المعتمدة في المذهب[١].

الفرع الرابع: سبب الخلاف في هذه المسألة

يرجع الخلاف في هذه المسألة إلى سببين هما[٢]:

السبب الأول: معارضة العموم للقياس، وذلك أنّ قوله صلى الله عليه وسلم: «والبكر تستأمر وإذنها صماتها[٣]» يقتضي العموم في كل بكر إلا ذات الأب التي خصصها الإجماع، وكون سائر الأولياء معلوماً منهم النظر والمصلحة لوليتهم؛ يُوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى، لذا فمن الفقهاء من ألحق به جميع الأولياء، ومنهم من ألحق به الجد فقط، لأنّه في معنى الأب إذ كان أباً أعلى.

السبب الثاني: هو الاشتراك في اسم اليتيم، فالحنفية يرون أنّ اسم اليتيم لا يوصف به غير البالغة، والشافعية ومن معهم يرون أن اسم اليتيمة يشمل البالغة وغير البالغة، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: «تستأمر اليتيمة[٤]» والمستأمرة هي من أهل الإذن وهي البالغة.

---

(١) الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، بيروت، دار المعرفة، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٣، ص١٧٠، المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٨، ص٦٢.

(٢) ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، القاهرة، دار الحديث، بدون رقم الطبعة، ٢٠٠٤م، ج٣، ص٣٤.

(٣) سيأتي تخريج هذا الحديث لاحقاً.

(٤) سيأتي تخريج هذا الحديث لاحقاً.

الفرع الخامس: أدلة الفقهاء في هذه المسألة

أولا: أدلة القول الأول: استدل الفقهاء الذين لم يُجيزوا نكاح اليتيمة قبل بلوغها، والذين اشترطوا أن يكون الولي في إنكاح الصغيرة هو الأب فقط بأدلة نقلية وأخرى عقلية:

أ- الأدلة النقلية:

١- قوله تعالى: ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِ ۖ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي ٱلْكِتَٰبِ فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلْوِلْدَٰنِ وَأَن تَقُومُوا۟ لِلْيَتَٰمَىٰ بِٱلْقِسْطِ ۚ وَمَا تَفْعَلُوا۟ مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِهِۦ عَلِيمًا ﴾ [سورة النساء، آية: ١٢٧].

وجه الدلالة: أنّ اسم النساء يطلق على الكبار كالرجال في الذكور، واسم الرجل لا يتناول الصغير، فكذلك اسم النساء والمرأة لا يتناول الصغيرة، وقد قال: «في يتامى النساء» والمراد به هناك اليتامى هنا، كما قالت عائشة رضي الله عنها، فقد دخلت اليتيمة الكبيرة في الآية، فلا تُزوج إلاّ بإذنها، ولا تنكح الصغيرة إذ لا إذن لها، فإذا بلغت جاز نكاحها، لكن لا تزوج إلا بإذنها[١].

٢- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا[٢]».

وفي رواية أخرى: عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:» الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْيَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا

(١) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، القاهرة، دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية، ١٩٦٤م، ج٥، ص١٣، ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج١، ص٣١٠-٣١١.

(٢) صحيح، سبق تخريجه.

صُمَاتُهَا[1]».

وجه الدلالة:- أن اليتيمة هي الصغيرة التي لا أب لها، لقوله صلى الله عليه وسلم «لَا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلامٍ[2]» وإنما سمّاها يتيمة بعد البلوغ استصحاباً لاسمها قبل البلوغ، ومن لها أب فليست بيتيمة، ولا استئمار إلا بعد البلوغ، إذ لا فائدة لاستئمار الصغيرة، فهذا الحديث يفيد أنّ اليتيمة تزوّج بإذنها وأنّ لها إذناً معتبراً، فدل هذا على عدم الولاية لغير الأب على الصغيرة، لأنّ استئمارها لا يكون إلا بعد بلوغها[3].

٣- ما رُوي عند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: «تُوُفِّيَ عُثْمَانُ بْنُ مَظْعُونٍ وَتَرَكَ بِنْتًا لَهُ مِنْ خَوْلَةَ بِنْتِ حَكِيمِ بْنِ أُمَيَّةَ ، فَأَوْصَى إِلَى أَخِيهِ قُدَامَةَ بْنِ مَظْعُونٍ؛ وَهُمَا خَالَايَ؛ فَخَطَبْتُ إِلَى قُدَامَةَ بِنْتَ عُثْمَانَ فَزَوَّجَنِيهَا، فَدَخَلَ الْمُغِيرَةُ

(١) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب النكاح، باب في الثيب، حديث رقم (٢١٠٠)، ج٢، ص٢٣٣، والنسائي في سننه، كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، حديث رقم (٣٢٦١)، ج٦، ص٨٤، وأحمد في مسنده، ج٤، ص١٩٥.
والحديث صحيح، صححه ابن حجر، انظر: ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م، ج٣، ص٣٥٠.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء متى ينقطع اليتم، حديث رقم (٢٨٧٣)، ج٣، ص١١٥، وعبدالرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، حديث رقم (١١٤٥٠)، ج٦، ص٤١٦.
والحديث صحيح، انظر: الهيثمي، **مجمع الزوائد**، ج٤، ص٢٢٦، الألباني، محمد ناصر الدين، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٨٥م، ج٥، ص٧٩.

(٣) البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود، **شرح السنة**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية ١٩٨٣م ، ج٩، ص٣٧، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص٨٣، الصنعاني، **سبل السلام**، ج٣، ص٢٣٢، ابن حجر، **فتح الباري**، ج١٠، ص٢٤٨.

إِلَى أُمِّهَا فَأَرْغَبَهَا فِي الْمَالِ؛ فَحَطَّتْ إِلَيْهِ وَحَطَّتِ الْجَارِيَةُ إِلَى هَوَى أُمِّهَا حَتَّى ارْتَفَعَ أَمْرُهُمْ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ قُدَامَةُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ ابْنَةُ أَخِي وَأَوْصَى بِهَا إِلَيَّ فَزَوَّجْتُهَا ابْنَ عَمٍّ وَلَمْ أُقَصِّرْ بِالصَّلَاحِ وَالْكَفَاءَةِ، وَلَكِنَّهَا امْرَأَةٌ وَإِنَّهَا حَطَّتْ إِلَى هَوَى أُمِّهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هِيَ يَتِيمَةٌ وَلَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا» فَانْتُزِعَتْ مِنِّي وَاللَّهِ بَعْدَ أَنْ مَلَكْتُهَا فَزَوَّجُوهَا الْمُغِيرَةَ بْنَ شُعْبَةَ[1]».

وجه الدلالة: أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لولي اليتيمة غير الأب تزويجها إلا بعد إذنها، والصغيرة لا إذن لها[2]، ويرى الباحث أن العم لم يملك تزويج ابنة أخيه اليتيمة دون إذنها.

ب- الأدلة العقلية:

١- قالوا: لأنّ من عدا الأب من أوليائها أخاً كان أو غيره، ليس له أن يتصرف في مالها، فكذلك في بضعها[3].

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده، ج١٠، ص٢٨٤، والدراقطني في سننه، كتاب النكاح، حديث رقم (٣٥٤٧)، ج٤، ص٣٣٠، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب لا ولاية لوصي في نكاح، حديث رقم (١٣٦٥٦)، ج٧، ص١٨٣.
والحديث صحيح، صححه الهيثمي، مجمع الزوائد، ج٤، ص٢٨٠، وصححه شعيب الأرنؤوط في تحقيقه لمسند أحمد، ج١٠، ص٢٨٥.

(٢) عبدالوهاب، القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، تحقيق: الحبيب بن طاهر، مصر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ج٢، ص٦٨٩، الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٥٤.
- ابن مفلح، المبدع، ج٧، ص٢٥.
- الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٥٤، ابن قدامة، **المغني**، ج٧، ص٣٨٣.
- عبد الوهاب، **الإشراف**، ج٢، ص٦٨٩، المطيعي، **تكملة المجموع**، ج١٧، ص٢٦٤.

(٣) ابن عبد البر، **الاستذكار**، ج١٦، ص٥٨.

٢- ولأنّ كل من لم يملك قبض صداقها لم يملك عقد نكاحها[١].

٣- ولأنّ غير الأب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة[٢].

وقد استدل المالكية والحنابلة ومن معهم على منع ولاية الجد في تزويج الصغيرة وأنّ الولاية لا تكون إلا للأب وحده بالأدلة العقلية التالية:

١- لأنّ الجد يلي بولاية غيره، فأشبه سائر العصبات وفارق الأب؛ فإنه يدلي بغير واسطة، ويسقط الأُخوة والجد ويحجب الأُم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين[٣].

٢- ولأنّ الولاية على الحرّ والحرة باعتبار الحاجة لهذه الولاية، ولا حاجة للصغيرة في ولاية التزويج عليها قبل البلوغ لعدم الشهوة، إلا أنّ ولاية الأب تثبت بالنّص على خلاف القياس، فإنّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه زوّج عائشة وهي صغيرة من النبي صلى الله عليه وسلم فلا يُقاس غيره عليه وهو الجد[٤].

٣- ولأنّ الجد لا يلحق بالأب دلالةً؛ فالجد ليس في معنى الأب، لأن الولد جزء من الأب، فكانت الولاية للأب عليه كالولاية على نفسه، والجزئية قد ضعفت بالجد، وشفقته قد نقصت فلا يكون في معنى الأب[٥].

٤- ولأنها ولاية تملك انتقالاً لا ابتداءً فلم يملك بها الإجبار كسائر الولايات[٦].

---

(١) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٥٤.
- السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٤، الدبوسي، **كتاب النكاح من الأسرار**، ص ١٧٥.
(٢) ابن قدامة، **المغني**، ج٧، ص٣٨٣.
(٣) المرجع السابق.
(٤) ابن قدامة، **المغني**، ج٦، ص٤٨٩.
(٥) المرجع السابق.
(٦) عبد الوهاب، **الإشراف**، ج٢، ص٦٨٩.

وقد استدل الشافعية على أنّ للجد ولاية في تزويج الصغار، حيث يرون أنّ للجد ولاية وتعصيباً، فجاز له تزويج البكر كالأب[1].

- مناقشة أدلة القول الأول:

١- الاستدلال بالآية:

أ- اعتبر الإمام الشنقيطي رحمه الله عدم صحة الاستدلال بالآية على عدم جواز تزويج اليتيمة حتى تبلغ؛ لأنّ الله سبحانه وتعالى صرح بأنهنّ يتامى بقوله: ﴿فِي يَتَامَى النِّسَاءِ﴾ [سورة النساء:١٢٧] وهذا الاسم أيضاً قد يطلق على الصغار، كما في قوله تعالى: ﴿يُذَبِّحُونَ أَبْنَاءَكُمْ وَيَسْتَحْيُونَ نِسَاءَكُمْ﴾ [سورة البقرة:٤٩] ، وهنّ إذ ذاك رضيعات[2].

ب- أنّ سبب نزول الآية يدل على جواز نكاح اليتيمة، فقد ثبت في الحديث عن عائشة رضي الله عنها قالت وَاسْتَفْتَى النَّاسُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ﴾ [سورة النساء:١٢٧] إِلَى ﴿وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [سورة النساء:١٢٧] ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ لَهُمْ: أَنَّ اليَتِيمَةَ إِذَا كَانَتْ ذَاتَ جَمَالٍ وَمَالٍ رَغِبُوا فِي نِكَاحِهَا وَنَسَبِهَا وَسُنَّتِهَا فِي إِكْمَالِ الصَّدَاقِ، وَإِذَا كَانَتْ مَرْغُوبَةً عَنْهَا فِي قِلَّةِ المَالِ وَالجَمَالِ، تَرَكُوهَا وَأَخَذُوا غَيْرَهَا مِنَ النِّسَاءِ « قَالَتْ: فَكَمَا يَتْرُكُونَهَا حِينَ يَرْغَبُونَ عَنْهَا، فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَنْكِحُوهَا إِذَا رَغِبُوا فِيهَا، إِلَّا أَنْ يُقْسِطُوا لَهَا، وَيُعْطُوهَا حَقَّهَا الأَوْفَى فِي الصَّدَاقِ[3] «، فقد أذن الله للولي أن

(١) المطيعي، **تكملة المجموع**، ج١٧، ص٢٦٤.

(٢) الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني ، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، بيروت، عالم الكتب، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج١، ص٣٠٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الأَكْفَاءِ فِي المَالِ وَتَزْوِيجِ المقلِّ المُثْرِيَةَ ، حديث رقم (٥٠٩٢)، ج٧، ص٨، ومسلم في صحيحه، كتاب التفسير، حديث رقم (٣٠١٨)، ج٤، ص٢٣١٣.

ينكح اليتيمة، إذا أصدقها صداق المثل[١].

٢- أما استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم «تُستأمر اليتيمة في نفسها...» الحديث؛ فقالوا في الرد على هذا الاستدلال:- إنّ المراد باليتيمة في هذا الحديث اليتيمة البالغة، قال تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْۖ وَلَا تَتَبَدَّلُواْ ٱلْخَبِيثَ بِٱلطَّيِّبِۖ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْۚ إِنَّهُۥ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ﴾. والمراد البالغين، والدليل عليه أنّه مدّه إلى غاية الاستئمار، وإنّما تستأمر البالغة دون الصغيرة[٢].

يقول الدبوسي رحمه الله: (والجواب عن الخبر الأول- أي الحديث الوارد آنفاً: أنّ المراد به اليتيمة البالغة، لأنّ النبي ﷺ أثبت تحريماً إلى غاية الاستئمار، والصغيرة ما فيها هذه الغاية)[٣].

٢- وأمّا استدلالهم بحديث ابن عمر رضي الله عنهما في قصة قدامة بن مظعون رضي الله عنه، فأجابوا على هذا الاستدلال بما يلي:

أ- يحمل هذا الحديث على البالغة، بدليل قوله في الحديث: «إلا بإذنها» وليس للصغيرة إذن، كما جاء في الرواية أيضاً أنّ المغيرة بن شعبة غرّ أُمها بماله، فكرهت الجارية ابن عمر، وردّ رسول الله ﷺ النكاح، وتزوجها المغيرة، وهذا لا يتصور إلا من الكبيرة، فدّل هذا على أنّ القصة كانت في الكبيرة[٤].

ب- ويحتمل أنّها بلغت فخيّرها رسول الله فاختارت نفسها[٥].

---

(١) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج٣٢، ص٤٤، ٤٧، ٤٩.

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٥، الدبوسي، **كتاب النكاح من الأسرار**، ص ٢٠٧، ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص٦.

(٣) الدبوسي، **كتاب النكاح من الأسرار**، ص ٢٠٧.

(٤) الدبوسي، **كتاب النكاح من الأسرار**، ص ٢٠٨، السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٥، ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج١، ص٣١١.

(٥) السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٥.

٣- وقد رد السرخسي رحمه الله على قول الشافعية ومن معهم وهو: «أنّ غير الأب والجد قاصر الشفقة ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه، فلا يملك التصرف في بضعها بنفسه من باب أولى»، أن هناك فرق بين ولاية المال وولاية النفس، إذ في ولاية المال قد يجر الولي المنفعة لنفسه، بينما في ولاية النفس فإن المنفعة تكون غير موجودة، ويمكن تدارك التقصير فيها، يقول السرخسي: «وفارق المال، لأنّه لا يستفيد الولاية بهذا السبب في المال بحال، وكان المعنى فيه أنّ المال تجري فيه الجنايات الخفية، وهذا الولي قاصر الشفقة، فربما يحمله ذلك على ترك النظر لها، فأمّا الجناية في النفس من حيث التقصير في المهر والكفاءة، وذلك ظاهر يوقف عليه إن فعله يرد عليه تصرّفه، ولأنّه لا حاجة إلى إثبات الولاية لهؤلاء في المال، فإنّ الوصي يتصرف في المال والأب متمكن من نصب الوصي، وباعتباره تنعدم حاجتها، فأمّا التصرف في النفس لا يحتمل الإيصاء إلى الغير، فلهذا للأولياء بطريق القيام مقام الآباء[١]».

ثانيا: أدلة القول الثاني:

استدل الحنفية الذين أجازوا لسائر الأولياء تزويج اليتيمة قبل بلوغها بأدلة نقلية وأخرى عقلية:

أ- **الأدلة النقلية:** وتشمل على أدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة وآثار عن الصحابة:

١- استدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ [سورة النساء:٣] . **وجه الدلالة:** دلت هذه الآية على الجواز من عدة وجوه:

أ- مفهوم الآية أنّه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة، واليتيم من لم يبلغ[٢]

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٤- ٢١٥.

(٢) ابن مفلح، **المبدع**، ج٧، ص٢٦، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص٨٢، ابن رشد، **بداية**

لقوله صلى الله عليه وسلم «لا يُتم بعد احتلام[1]».

ب- كما أنّ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ [سورة النساء:٣] ... الآية. معناه: في نكاح اليتامى، وإنّما يتحقق هذا الكلام إذا كان يجوز نكاح اليتيمة[2].

ج- وجاء في تفسير الآية أنّ عروة سأل عائشة رضي الله عنها عن هذه الآية فقالت: «يَا ابْنَ أُخْتِي هِيَ اليَتِيمَةُ تَكُونُ فِي حَجْرِ وَلِيِّهَا تُشَارِكُهُ فِي مَالِهِ، فَيُعْجِبُهُ مَالُهَا وَجَمَالُهَا، فَيُرِيدُ وَلِيُّهَا أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، بِغَيْرِ أَنْ يُقْسِطَ فِي صَدَاقِهَا، فَيُعْطِيهَا مِثْلَ مَا يُعْطِيهَا غَيْرُهُ، فَنُهُوا أَنْ يُنْكِحُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يُقْسِطُوا لَهُنَّ، وَيَبْلُغُوا بِهِنَّ أَعْلَى سُنَّتِهِنَّ مِنَ الصَّدَاقِ[3]». فهذا دليل على جواز تزويج اليتيمة[4].

فالآية إذن فيها دليل على جواز تزويج اليتيمة قبل البلوغ، لأنّ من بلغ لا يُقال له: يتيم[5].

٢- استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۖ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [سورة النساء:١٢٧] .... الآية.

وجه الدلالة: نصت الآية على الرغبة في النكاح من اليتامى دون إعطائها

المجتهد، ج٢، ص٥، ابن قدامة، **الكافي**، ج٣، ص١٩.

(١) صحيح، سبق تخريجه.

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لاَ تُقْسِطُوا فِي اليَتَامَى﴾، حديث رقم (٤٥٧٤)، ج٦، ص٤٣، ومسلم في صحيحه، كتاب التفسير، حديث رقم (٣٠١٨)، ج٤، ص٢٣١٣.

(٤) -السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٤.

(٥) القرافي، أحمد بن إدريس، **الذخيرة**، تحقيق: محمد بوخبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م، ج٤، ص٢٢٨.

حقها من الصداق، وقد جاء في سبب نزول هذه الآية ما يؤكد على جواز نكاح اليتيمة، فقد ثبت في الحديث عن عائشة رضي الله عنها قالت: «وَإِنَّ النَّاسَ اسْتَفْتَوْا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ هَذِهِ الآيَةِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ: ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِ ﴾ [سورة النساء:١٢٧] ، قَالَتْ عَائِشَةُ: وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى فِي آيَةٍ أُخْرَى: ﴿وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [سورة النساء:١٢٧] رَغْبَةُ أَحَدِكُمْ عَنْ يَتِيمَتِهِ، حِينَ تَكُونُ قَلِيلَةَ المَالِ وَالجَمَالِ، قَالَتْ: فَنُهُوا أَنْ يَنْكِحُوا عَنْ مَنْ رَغِبُوا فِي مَالِهِ وَجَمَالِهِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ إِلَّا بِالقِسْطِ، مِنْ أَجْلِ رَغْبَتِهِمْ عَنْهُنَّ إِذَا كُنَّ قَلِيلاَتِ المَالِ وَالجَمَالِ[1]».

يقول السرخسي رحمه الله: (وقالت – أي عائشة رضي الله عنها – في تأويل قوله تعالى ﴿فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ ﴾ [سورة النساء:١٢٧] أنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها، ولا يرغب في نكاحها لدمامتها، ولا يزوجها من غيره، كيلا يشاركه في مالها، فأنزل الله تعالى هذه الآية فأمر الأولياء بتزويج اليتامى أو بتزويجهنّ من غيره، فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة[2]).

ويقول محمد بن الحسن الشيباني في توجيهه للاستدلال بالآية: (في قوله تعالى: ﴿لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [سورة النساء:١٢٧] فقد عاتب الله عز وجل أولياء اليتيمة في الرغبة عن نكاحهنّ، وكيف يعاتبهم في الرغبة عن نكاح من لا يجوز نكاحه؟، لو كان نكاح اليتيمة لا يجوز حتى تبلغ فترضى؛ لم يعاتبهم الله تعالى في الرغبة عن نكاحها[3]).

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال صلى الله عليه وسلم: «تُسْتَأْمَرُ

(١) صحيح، سبق تخريجه.

(٢) السرخسي، **المبسوط** ، ج٤، ص٢١٤.

(٣) الشيباني، محمد بن الحسن الشيباني، **الحجة على أهل المدينة**، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، بيروت، عالم الكتب، الطبعة الثالثة، ١٤٠٣هـ، ج٣، ص١٤٤-١٤٥.

الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا[1]».

وجه الدلالة: لا يتصور استئذان اليتيمة في نفسها إلا في الصغيرة، لأن اليتيمة تكون قبل البلوغ، أما بعد البلوغ فلا تُسمّى يتيمة، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يُتم بعد احتلام» فدل ذلك على جواز نكاح اليتيمة قبل البلوغ[2].

٤- عن سمرة بن جُندب رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إِذَا أَنْكَحَ الْوَلِيَّانِ فَالْأَوَّلُ أَحَقُّ[3]».

وجه الدلالة: قال الدبوسي رحمه الله مبيناً وجه الدلالة بهذا الحديث: «ولا يتصور الوليان إلا في غير الأب والجد، ولا يكون الأول أحق إلا في الصغير والصغيرة، فالأحق في الكبيرة من رضيت به، ولا يُفضل بين البكر والثيب[4]».

٥- استدلوا بما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه مرفوعاً وموقوفاً:

---

(١) صحيح، سبق تخريجه.

(٢) الدبوسي، **كتاب النكاح من الأسرار**، ص ٢٠٧، ابن القيم، محمد بن أبي بكر الجوزية، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة ١٤، ١٩٩٠م، ج٥، ص١٠٠.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب إذا أنكح الوليان، حديث رقم (٢٠٨٨)، ج٢، ص٢٣٠، والترمذي في سننه، كتاب أبواب النكاح، باب ما جاء في الوليين يزوجان، حديث رقم (١١١٠)، ج٣، ص٤١٠، وأحمد في مسنده، ج٣٣، ص٣١٩، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب في الوليين يزوجان، حديث رقم (١٥٩٩٤)، ج٣، ص٤٦٠، ، والحاكم في مستدركه، حديث رقم (٢٢٥٤)، ج٢، ص٤١، وصححه الذهبي في تعليقه على المستدرك فقال: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الْبُخَارِي وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ»، وصححه أيضاً ابن الملقن، انظر: ابن الملقن، أبو حفص عمر بن علي، **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، الرياض، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ج٧، ص٥٨٩.

(٤) الدبوسي، **كتاب النكاح من الأسرار**، ص ٢٠٩-٢١٠.

«النكاح إلى العصبات[١]».

وجه الدلالة: أنّ هذا الحديث لم يفصل بين الأب والجد وغيرهما من العصبات في حال الصغر أو البلوغ[٢].

قال الزيلعي رحمه الله: (وقد أجمع العلماء على العمل بهذا الحديث في حق الكبيرة، فوجب أن يُعمل به في الصغيرة، لأنّها أعجز وأمس حاجة، لأنّ الخاطب قد لا ينتظر إلى البلوغ فيفوت الكفء الخاطب، فوجب القول بجواز عقده لوجود أصل الشفقة[٣]).

٦- استدلوا بما رُوي أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم زوّج ابنة عمه أُمامة بنت حمزة وهي صغيرة من سلمة بن أبي سلمة وقال: «لها الخيار إذا بلغت[٤]».

---

(١) لم أجد الحديث في كتب السنن ، وذكره الزيلعي، انظر: الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف، **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية**، الهند، المجلس العلمي بالهند، الطبعة الأولى، ١٩٣٨م، ج٣، ص١٩٥، وقال ابن حجر: «لم أجده»، انظر: ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد، **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني، بيروت، دار المعرفة، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٢،ص٦٢.

(٢) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، **شرح فتح القدير**، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٣، ص٢٦٨.

(٣) الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، بيروت، دار الكتاب الإسلامي الطبعة الثانية، بدون تاريخ النشر، ج١، ص١٢٢.

(٤) لم أجد الحديث بهذا اللفظ، وجاء في السنن الكبرى للبيهقي ما لفظه: عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ عُمَارَةَ بِنْتَ حَمْزَةَ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ كَانَتْ بِمَكَّةَ، فَلَمَّا قَدِمَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَعْنِي فِي عُمْرَةِ الْقَضِيَّةِ خَرَجَ بِهَا عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَزَوَّجْهَا»، فَقَالَ: ابْنَةُ أَخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ، فَزَوَّجَهَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَلَمَةَ بْنَ أَبِي سَلَمَةَ، فَكَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَقُولُ: « هَلْ جُزِيتَ سَلَمَةَ». انظر: البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح اليتيمة،

وجه الدلالة: أنّ النبي صلى الله عليه وسلم إنمّا زوجها بالعصوبة لا بالنبوة، بدليل إثبات الخيار لها إذا بلغت[١]. فدّل ذلك على جواز نكاح اليتيمة قبل البلوغ، لأنّه عليه الصلاة والسلام لم يزوج أحداً بالنبوة، ولو كان زوّج بها لما تقدّم عليه أحد[٢]، كما أنه صلى الله عليه وسلم زوجهما وليس بأب ولا جد، فدلّ على أن تزويج غير الأب والجد جائز للصغيرين، وعلى فرض أنه زوجها بصفته قاضياً، فإذا جاز ذلك للقاضي جاز لسائر الأولياء[٣].

٧- الأدلة من الآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم:

أ- رُوي أن رجلاً تزوّج بنت عمه وهي صغيرة، فرُفع إلى علي رضي الله عنه، فقال له: «خذ بيد امرأتك[٤]».

ب- ورُوي عن الزبير رضي الله عنه: أَنَّهُ زَوَّجَ ابْنَةً لِمُصْعَبٍ صَغِيرَةً[٥].

ب- الأدلة العقلية:

١- قالوا: لأنّ النكاح يتضمن المصالح وذلك يكون بين المتكافئين، والكفء لا يتفق في كل وقت، فمسّت الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلاً

حديث رقم (١٣٦٩٧)، ج٧، ص١٩٦، وقال البيهقي: (هَذَا إِسْنَادٌ ضَعِيفٌ وَلَيْسَ فِيهِ أَنَّهَا كَانَتْ صَغِيرَةً؛ وَلِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي بَابِ النِّكَاحِ مَا لَيْسَ لِغَيْرِهِ؛ وَكَانَ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ ، وَبِذَلِكَ تَوَلَّى تَزْوِيجَهَا دُونَ عَمِّهَا الْعَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ إِنْ كَانَ فَعَلَ ذَلِكَ، وَاللهُ أَعْلَمُ).

(١) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج١، ص١٢١-١٢٢.

(٢) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج١، ص١٢١-١٢٢.

(٣) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢، ٣٤٤.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في الرجل يوجد مع امرأة فتقول زوجي، حديث رقم (٢٨٨٨١)، ج٥، ص٥٥١، والدولابي في الكنى والأسماء، ج٢، ص٥٢٧.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب في الرجل يزوج الصبية أو يتزوجها، حديث رقم (١٧٣٤٠)، ج٤، ص١٧.

للمصلحة، وإعداداً للكفء إلى وقت الحاجة، والقرابة موجبة للنظر والشفقة فينتظم الجميع، إلاّ أنّ شفقة الأب والجد أكثر، فيكون عقدها لازماً لا خيار فيه، وشفقة غيرهما لمن قصرت عنهما قلنا بالانعقاد وثبوت الخيار عند البلوغ(١).

وهذا بخلاف التصرف في المال، لأنّ الخلل الواقع في التصرف بالمال بسبب قصور النظر في غير قرابة الأب والجد، هذا الخلل غير ممكن التدارك، لأنّه يتكرر بتداول الأيدي، بأن يبيع الولي مال الصغير أو الصغيرة، ثم يبيع المشتري من آخر وهكذا، وقد يغيب بعضهم، ولا يمكن توقف ذلك أو إيقافه إلى وقت البلوغ(٢).

٢- ولأنّه وليّها بعد البلوغ، فيكون ولياً لها حال الصغر كالأب والجد، وهذا لأنّ تأثير البلوغ في زوال الولاية، فإذا جعل هو ولياً بعد بلوغها بهذا السبب عرفنا أنه وليها في حال الصغر(٣).

٣- قالوا: ولأنّ من جاز له أن يزوّجها كبيرة جاز أن يزوّجها صغيرة كالأب(٤).

٤- ولأنّه لما استوى الآباء والعصبات في إنكاح الثيب وجب أن يستووا في إنكاح البكر(٥).

٥- ولأنّ الولاية لما ثبتت عليها بعد البلوغ مع قدرتها على قاعدتهم كان ثبوتها في صغرها وهي أعجز أولى(٦).

---

(١) ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلي، **الاختيار لتعليل المختار**، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٣، ص٩٤.

(٢) المرغيناني، **الهداية**، ج١، ص٢١٥، الزيلعي، **تبيين الحقائق** ، ج١، ص١٢٢.

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٤، الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج١، ص١٢٢.

(٤) ابن عبد البر، **الاستذكار**، ج١٦، ص٦٠، الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٥٤، ابن قدامة، **المغني**، ج٧، ص٣٨٢.

(٥) الماوردي، **الحاوي الكبير**،ج٩، ص٥٤.

(٦) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج١، ص١٢٢.

٦- قالوا: ويدل عليه أيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم: « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ[١]» فأثبت النكاح إذا كان بولي، والأخ وابن العم ومن مثلهم أولياء، والدليل عليه أنها لو كانت كبيرة كانوا أولياء في النكاح[٢].

٧- قالوا كذلك: يدل عليه من طريق النظر، اتفاق الجميع على أن الأب والجد إذا لم يكونا من أهل الميراث إن كانا كافرين أو عبدين لم يزوجا، فدلّ على أنَّ قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ ﴾ .... مستحق بالميراث، فكل من كان من أهل الميراث فله أن يزوج الأقرب فالأقرب[٣].

قال ابن حجر: (وفيه دلالة على تزويج الولي غير الأب التي دون البلوغ بكراً كانت أو ثيباً، لأنّ حقيقة اليتيمة من كانت دون البلوغ ولا أب لها، وقد أذن في تزويجها بشرط أن لا يبخس من صداقها، فيحتاج من منع ذلك إلى دليل قوي[٤]). وقال القرطبي: (تعلّق أبو حنيفة بهذه الآية في تجويزه نكاح اليتيمة قبل البلوغ، وقال: إنمّا تكون يتيمة قبل البلوغ، وبعد البلوغ هي امرأة مطلقة لا يتيمة،

---

(١) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم (٢٠٨٥)، ج٢، ص٢٢٩، والترمذي في سننه، كتاب أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم (١١٠١)، ج٣، ص٣٩٩، وابن ماجة في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم (١٨٨٠)، ج١، ص٦٠٥، وأحمد في مسنده، ج٤، ص١٢١.
والحديث صحيح، حسنه الأرنؤوط في تحقيقه لمسند أحمد، ج٤، ص١٢١، وصححه الألباني، انظر: الألباني، محمد ناصر الدين، **صحيح سنن أبي داود**، الكويت، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ج٦، ص٣٢١، قال الألباني: (قلت: حديث صحيح، وقد صححه الأئمة: أحمد وابن المديني، والبخاري والذُّهْلِيُّ وابن الجارود وابن حبان والحاكم والذهبي، وصححه الضياء المقدسي في «المختارة» من حديث ابن عباس، وابن حبان أيضاً من حديث أبي هريرة).

(٢) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢، ص٣٤٤.

(٣) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢، ص٣٤٤.

(٤) ابن حجر، **فتح الباري**، ٢٤٨/١٠.

بدليل لو أنه أراد البالغة لما نهى عن حَطِّها عن صداق مثلها، لأنها تختار ذلك فيجوز إجماعاً[1]).

- **مناقشة أدلة القول الثاني:**

١- أمّا الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا﴾ [سورة النساء:٣] ...الآية، فاستدلال ضعيف، لأنّ المراد باليتيمة هنا البالغة، بدليل قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ﴾ [سورة النساء:١٢٧] . وهذا الاسم إنما يطلق على الكبار، وكذا قال تعالى ﴿فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ﴾ [سورة النساء:١٢٧] . فراعى لفظ النساء، وإنما يدفع إلى الكبيرة، أو تحمل على بنت تسع سنين[2].

٢- وأمّا استدلالهم بقوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ﴾ [سورة النساء:١٢٧] ... الآية فاستدلال ضعيف، لأن الآية تحمل على إنكاحها قبل اليتم أو على إنكاح الجد، لأنّ اليتم يكون بموت الأب، وإن كان الجد باقياً[3].

٣- وأمّا قياسهم الأولياء على الأب والجد فردّه الماوردي رحمه الله، واعتبر أنّ هناك فرقاً بينهما، والفرق بين الآباء والعصبات، أنّ في الآباء بعضية ليست في العصبات، فقويت بها ولايتهم حتى تجاوزت ولاية النكاح إلى ولاية المال، فصاروا بذلك أعجز[4].

٤- وأمّا جمعهم بين البكر والثيب في قولهم: (أنّه لما استوى الآباء والعصبات في إنكاح الثيب وجب أن يستوفوا في إنكاح البكر) فقال الماوردي:

---

(١) القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج٥، ص١١.

(٢) ابن العربي، **أحكام القرآن**، ج١، ص٣١٠، الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢، ص٣٤٣، ابن قدامة، **المغني**، ج٧، ص٣٨٣.

(٣) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩ ، ص٥٤.

(٤) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٥٣-٥٤.

(جمعهم بين البكر والثيب مردود بافتراقهما في قبض الصداق والله أعلم[١]).

٥- وأمّا استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم «اليتيمة تستأمر في نفسها» وفي رواية «لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر» فالجواب: أنّ الحديث يشير إلى تأخير زواجها حتى تبلغ فتصير أهلاً للإستئمار. وفي الحديث محذوف تقديره «لا تنكح اليتيمة حتى تبلغ فتُستأمر» جمعاً بين الأدلة.[٢]

ثالثا: أدلة القول الثالث:

استدل الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن اليتيمة إذا بلغت تسع سنين جاز لأوليائها تزويجها بإذنها، ولا يجوز قبل ذلك، بما يلي:

١- قوله ﷺ: «تُسْتَأْمَرُ اليَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ صَمَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا[٣]».

وجه الدلالة: أفاد هذا الحديث بأنّ اليتيمة يطلب رأيها، وتزوج بإذنها وأن لها إذناً صحيحاً ومعتبراً[٤].

٢- وأما التقييد بتسع سنين فللأمور الآتية:

أ. لقول عائشة رضي الله عنها قالت: «إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة[٥]».

---

(١) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٥٤.

(٢) ابن حجر، **فتح الباري**، ج١٠، ص٢٤٨.

(٣) صحيح، سبق تخريجه.

(٤) الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص٨٣، ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم ، **منار السبيل في شرح الدليل**، الرياض، مكتبة المعارف، الطبعة الثانية، ١٩٨٥م، ج٢، ص١٣٨.

(٥) لم أجد هذه الرواية، وقد أشار إليها البيهقي والترمذي، حيث قال الترمذي في تعليقه على حديث: «اليَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ صَمَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ

ب. ولأنها تصير عارفة بما يضرها وينفعها، فتظهر فائدة استئذانها[1].

جـ. ولأنها بلغت سناً يمكن فيه حيضها، ويحدث لها حاجة إلى النكاح فيُباح تزويجها كالبالغة[2].

الفرع السادس: القول الراجح في هذه المسألة:

بعد هذا العرض لأقوال أهل العلم في هذه المسألة، وذكر أدلتهم ومناقشتهم، يترجح لدى الباحث قول الحنفية ومن وافقهم وهو جواز نكاح اليتيمة قبل بلوغها وأن للولي غير الأب تزويجها، وذلك لقوة أدلة أصحاب هذا الرأي وصراحتها في بيان ذلك، ولأنّ في ذلك مراعاة لمصلحة اليتيمة عندما يُزوجّها وليها من كفء لها، كما يرجع للأسباب الآتية:

١- أنّ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ [سورة النساء:٣] حقيقة تقتضي اللاتي لم يبلغن، لقول النبي ﷺ: "لا يتم بعد بلوغ الحلم" ولا يجوز صرف الكلام عن حقيقته إلى المجاز إلا بدلالة، والكبيرة تسمّى يتيمة على وجه المجاز[3].

٢ - قوله تعالى: ﴿فِي يَتَامَى النِّسَاءِ﴾ [سورة النساء:١٢٧] لا دلالة فيه على

عَلَيْهَا»، حيث قال:» وَاخْتَلَفَ أَهْلُ العِلْمِ فِي تَزْوِيجِ اليَتِيمَةِ،..... وَقَدْ قَالَتْ عَائِشَةُ: « إِذَا بَلَغَتِ الجَارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ فَهِيَ امْرَأَةٌ»، انظر: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على الزواج، ج٣، ص٤٠٩، وانظر: البيهقي، السنن الكبرى، ج١، ص٤٧٦.

(١) ابن مفلح، **المبدع**، ج٧، ص٢٧.

(٢) ابن قدامة، **المغني**، ج٧، ص٣٨٣، ابن قدامة، **الكافي**، ج٣، ص٢٠، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص٨٤.، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٥، ص٤٦، ابن ضويان، **منار السبيل**، ج٢، ص١٣٨.

(٣) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢، ص٣٤٣.

ما ذكروا، لأنهن إذا كنّ من جنس النساء جازت إضافتهن إليهن، وقد قال تعالى: ﴿فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [سورة النساء:٣] . والصغار والكبار داخلات فيهنّ، وقال: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [سورة النساء:٢٢] . والصغار والكبار مرادات به، وقال: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾. ولو تزوج صغيرة حرمت عليه أُمها تحريماً مؤبداً، فليس إذاً في إضافة اليتامى إلى النساء دلالة على أنهنّ الكبار دون الصغار[١].

٣- قول الجصاص رحمه الله: في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِي ٱلْيَتَٰمَىٰ فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [سورة النساء:٣] : (فإن قيل: يجوز أن يكون المراد الجد، قيل له: إنمّا ذكرا – أي عائشة وابن عباس رضي الله عنهما- أنها نزلت في اليتيمة التي في حجره، ويرغب في نكاحها، والجد لا يجوز له نكاحها، فعلمنا أن المراد ابن العم ومن هو أبعد منه من سائر الأولياء[٢]).

كما يرى الباحث أنه يشترط لصحة الزواج باليتيمة الشروط الآتية:

١- أن يكون الزوج كفؤاً غير معيب، فلا مصلحة للصغير أو الصغيرة في الزواج مع عدم الكفاءة. ولذا يقول ابن قدامة: (لا يحل تزويجها من غير كفء ولا من معيب، لأن الله تعالى أقام الولي مقامها، ناظراً لما فيه الحظ، ومتصرفاً لها لعجزها عن التصرف في نفسها، فلا يجوز له فعل ما لاحظ فيه كما في مالها، ولأنّه إذا حُرم عليه التصرف في مالها بما لاحظ فيه، ففي نفسها أولى[٣]).

٢- صلاحية الصغير والصغيرة للزواج، فنحن وإن قلنا بجواز تزويج اليتيمة قبل بلوغها إلا أنّه لا يجوز له أن يدخل بها قبل بلوغها لتعذر ذلك، فهو

(١) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢، ص٣٤٣.
(٢) المرجع السابق.
(٣) ابن قدامة **المغني**، ج٧، ص٣٨٣.

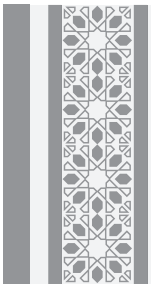
يعقد عليها ويجوز له ذلك قبل بلوغها، ويُؤخر الدخول بها إلى ما بعد البلوغ، وذلك مراعاة لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: «تَزَوَّجَنِي النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَنَا بِنْتُ سِتٍّ سِنِينَ، وَبَنَى بِي وَأَنَا بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ[1]».

٣- أن تُزوج اليتيمة بمهر المثل، فلا يجوز أن تزوج بأقل من ذلك كما قال فقهاء الحنفية، لأنّ في ذلك مراعاة لمصلحتها وحفاظاً عليها[2].

فإذا تحققت هذه الشروط جاز لوليها أن يزوّج اليتيمة قبل بلوغها، أمّا إذا لم يتحقق أحدها فلا يجوز الزواج منها، لأنه سيؤدي إلى إلحاق الظلم باليتيمة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب مناقب الأنصار، باب تزويج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة، وقدومها المدينة، وبنائه بها، حديث رقم (٣٨٩٤)، ج٥، ص٥٥، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، حديث رقم (١٤٢٢)، ج٢، ص١٠٣٩.

(٢) الحصكفي، **الدر المختار**، ج٤، ص١٧٣-١٧٤، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**، ج٤، ص١٧٣.



المطلب الثالث:
خيار البلوغ لليتيمة

الفرع الأول: صورة المسألة:

إذا كان للولي غير المجبِر حق تزويج الصغيرة اليتيمة – كما رجّحنا- فهل يعتبر تزويجه ملزماً لهما دائماً على أي نحوٍ أبرم عقد النكاح لهما؟ أم يجوز فسخه إذا لم يكن في مصلحتهما؟ وهل يُفسخ إذا لم يكن في مصلحتهما قبل بلوغهما؟ أم لا يُفسخ إلا بعد بلوغهما وبناء على طلبها على أساس ما يعرف بخيار البلوغ لهما؟

فإذا زوّج الولي غير المجبر اليتيمة قبل البلوغ، فهل يحق لها طلب خيار فسخ النكاح إذا بلغت أم لا؟ هذه صورة المسألة.

الفرع الثاني: خلاف الفقهاء في هذه المسألة:

سبق وأن ذكرنا أن الحنفية ورواية عن الحنابلة واختيار ابن تيمية هم الذين ذهبوا إلى جواز نكاح اليتيمة قبل بلوغها، إلا أنهم اختلفوا في خيارها بعد بلوغها على قولين:

القول الأول: إن اليتيمة تزوج بدون إذنها ولها الخيار إذا بلغت، فإن شاءت أقامت على النكاح وإن شاءت فسخته.

وقال به أبوحنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني وأبو يوسف في قوله الأول[١]، وهو رواية عن الإمام أحمد، وقال به الحسن وعمر بن عبد العزيز وطاووس وعطاء وقتادة وابن سيرين والأوزاعي[٢]. كما قال به من الصحابة كل من ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم[٣].

قال المرغيناني رحمه الله: (وإن زوجها غير الأب والجد فلكل واحدٍ منهما الخيار إذا بلغ؛ إن شاء أقام على النكاح، وإن شاء فسخ[٤])، وقال المرداوي رحمه الله: (وعنه: أي رواية عن أحمد- لهم ذلك، ولها خيار إذا بلغت، ولو كان قبل تسع سنين[٥]).

القول الثاني: إن اليتيمة تزوج قبل بلوغها ولا خيار لها إذا بلغت. وهو مذهب أبي يوسف الأخير[٦]، وقال به الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه،[٧] وهو قول عروة بن الزبير رضي الله عنه.[٨]

---

(١) المرغيناني، **الهداية**، ج١، ص٢١٦، الشيباني، **الحجة على أهل المدينة**، ج٣، ص١٤٨-١٤٩، السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٥، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص١٥١١، الدبوسي، **كتاب النكاح من الأسرار**، ص٢١٢، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**، ج٤، ص١٧٣، ابن مودود، **الاختيار لتعليل المختار**، ج٣، ص٩٤، شيخي زاده، عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج١، ص٣٣٦.

(٢) الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص٨٦، ابن المنذر، **الإشراف**، ج١، ص٢٦.

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٥، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٢٦٩.

(٤) المرغيناني، **الهداية**، ج١، ص٢١٦.

(٥) المرداوي، **الإنصاف**، ج٨، ص٦٢.

(٦) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص١٥٠، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص١٥١١.

(٧) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج٣٢، ص٤٥، ابن المنذر، **الإشراف**، ج١، ص٢٦.

(٨) السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٥، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٢٦٨.

قال المرغيناني رحمه الله: (وقال أبو يوسف رحمه الله: لا خيار لهما[1])، وقال ابن تيمية رحمه الله: (المشهور في مذهب أحمد وغيره: أنها لا تزوج إلا بإذنها، ولا خيار لها إذا بلغت[2]).

الفرع الثالث: أدلة الأقوال في مسألة خيار البلوغ

أولا: أدلة القول الأول: استدل الفقهاء الذين أثبتوا الخيار للصغار بأدلة هي:

١- استدلوا بما روي أنّ قدامة بن مظعون زوّج بنت أخيه عثمان بن مظعون من عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فخيّرها رسول الله ﷺ بعد البلوغ فاختارت نفسها، حتى روي أنّ ابن عمر قال: "إنها انتُزعت منّي بعدما ملكتها[3]». ويرى الباحث أن هذا الحديث نص في الباب، فقد أثبت لها رسول الله ﷺ الخيار بعدما بلغت، وهذا يدل على الجواز.

٢- أن رسول الله ﷺ زوّج بنت عمه حمزة وهي صغيرة من سلمة بن أبي سلمة وقال: لها الخيار إذا بلغت[4]. فأثبت لها النبي ﷺ الخيار بعد البلوغ.

٣- عن ابن عمر رضي الله عنه أنه ولي يتيمة فزوّجها من رجل، ودفع مالها إليه مضاربةً، وقال: لها الخيار إذا بلغت[5].

٤- وقالوا: لأنها زوجت من قبل قاصر الشفقة عليها، فيثبت لها الخيار إذا ملكت نفسها، لأنّ أصل الشفقة موجود، ولكنها قاصرة عند المقابلة بشفقة

---

(١) المرغيناني، **الهداية**، ج١، ص٢١٦.
(٢) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج٣٢، ص٤٥.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) سبق تخريجه.

الأب والجد، ولقصورها أثبتنا للصغيرة الخيار في المال ليزال الضرر، وقد أظهر الشرع أثر هذا القصور والنقصان، حيث منع ولايته في المال، فيجب إظهاره في النفس إذا علم أنه ناظر إلى إظهار أثره، فيجب التدارك بإثبات خيار الإدراك[١]. فلاعتبار وجود أصل الشفقة نفّذنا العقد، ولاعتبار نقصان الشفقة أثبتنا الخيار[٢].

ثانيا: أدلة القول الثاني: استدل الفقهاء الذين لم يثبتوا للصغار خياراً بما يلي:

١- استدلوا بما رُوي أن رسول الله ﷺ لمّا تزوّج عائشة رضي الله عنها وبلغت لم يعلمها بالخيار بعد البلوغ، ولو كان الخيار ثابتاً لها وحقاً لها لأعلمها به، فدّل ذلك على أنه لا خيار لليتيمة بعد بلوغها[٣].

٢- قالوا: ولأنّ هذا عقد بولاية مستحقة بالقرابة، فلا يثبت فيه خيار البلوغ، كعقد الأب والجد، وهذا لأن القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية، والقريب بالتصرف ينظر للمولى عليه لا لنفسه وهو قائم مقام الأب في التصرف في النفس، كالوصي في التصرف في المال، فكما أنّ عقد الوصي يلزم ويكون كعقد الأب فيما قام فعله مقامه فكذلك عقد الولي[٤].

---

(١) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج١، ص١٢٢-١٢٣، السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٥، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص١٥١١، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٢٦٩، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**، ج٤، ص١٧٥، ابن مودود، **الاختيار لتعليل المختار**، ج٣، ص٩٤.

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٥.

(٣) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص١٥١١.

(٤) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج١، ص١٢٢، ابن الهمام، **شرح فتح القدير** ، ج٣، ص٢٦٨، السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٥، الدبوسي، **كتاب النكاح من الأسرار**، ص ٢١٣، شيخي زاده، **مجمع الأنهر**، ج١، ص٣٣٦، العيني، محمود بن أحمد بن موسى، **البناية**

الفرع الرابع: القول الراجح في المسألة:

يرى الباحث أن الراجح هو القول الأول الذي ذهب إلى أن اليتيمة التي زوّجت قبل بلوغها لها الخيار إذا بلغت، وذلك مراعاة لمصلحة اليتيمة، وحفاظاً على كرامتها وحقها، لأن اليتيمة قبل البلوغ لا تكون مدركة لحقائق الأُمور ولا ماهيتها، ولا تعرف أين مصلحتها، فقد يُزوجها وليها ممن لا يكون كفؤا لها فتقع في الحرج والضيق، فيُجعل لها حق الخيار بعد بلوغها؛ فإن شاءت أقامت على النكاح وإن شاءت فسخته، لأنها بعد بلوغها تصير عارفة بما ينفعها ويضرها بخلاف قبل البلوغ، ويرى الباحث عدم صحة الاستدلال بحديث زواج النبي ﷺ من عائشة رضي الله عنها، لأن عائشة رضي الله عنها عندما تزوجها رسول الله ﷺ لم تكن يتيمة، فقد كان أبوها أبو بكر الصديق رضي الله عنه حياً وموجوداً حال زواج النبي ﷺ منها.

في شرح الهداية، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر، ج٤، ص٦٠٢.

المطلب الرابع:
شروط استعمال حق الخيار للصغار

يشترط لاستعمال حق الخيار للصغير والصغيرة شروط عدة، هي:

أولا: عدم الرضا بالنكاح:

فإذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فإن سكوتها يُعتبر رضاً، ويسقط حقها في الخيار، وإن لم تعلم بالنكاح فلها حق الخيار حتى تعلم بعد البلوغ بالنكاح فتسكت أو ترضى صراحة(١).

فإذا بلغت الصغيرة، وعلمت بالنكاح، وسكتت، سقط حقها في الخيار، سواء أكان علمها بالنكاح قبل البلوغ أو بعده، إلا أنه لو دخل بها زوجها قبل البلوغ، فإن خيارها لا يبطل بعد البلوغ بمجرد سكوتها، بل لا بد لبطلانه من الإعلان الصريح منها برضاها بالنكاح، أو ما يقوم مقامه من فعل يدل على هذا الرضا(٢).

ثانياً: مراجعة القاضي:

يشترط لاستعمال حق الخيار بفسخ العقد عند البلوغ؛ مراجعة القاضي والطلب منه إصدار حكمه بفسخ عقد النكاح، لأن الفسخ هنا لدفع ضرر خفي يدّعيه المتضرر بعد بلوغه -وهي الصغيرة - بسبب قصور شفقة الولي، وكذلك فإن فسخ عقد النكاح بسبب خيار البلوغ مختلف فيه بين الفقهاء، فيحتاج إلى

(١) المرغيناني، **الهداية**، ج١، ص٢١٦، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٢٧٠.

(٢) ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**، ج٤، ص١٧٥، العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج٤، ص٦٠٤.

حكم الحاكم، لأنّ حكم الحاكم يرفع الخلاف[1].

يقول المرغيناني رحمه الله: (ويشترط فيه القضاء، ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا، وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت، ثمّ خيار البكر يبطل بالسكوت، ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل: رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا، وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ[2]).

(١) العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج٤، ص٦٠٤، ابن عابدين، **حاشية رد المحتار**، ج٤، ص١٧٥، شيخي زاده، **مجمع الأنهر**، ج١، ص٣٣٦.

(٢) المرغيناني، **الهداية**، ج١، ص٢١٦.

المطلب الخامس:
الحاجة إلى نكاح اليتيمات

حرص الإسلام على العناية باليتيم بشكل عام، واليتيمة بشكل خاص، ويلاحظ ذلك في الآيات القرآنية التي تدعو إلى ترك النكاح من اليتيمة إذا خشي المسلم إيقاع الظلم عليها، يقول تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[1]، يقول ابن حيان في تفسير الآية: «والظاهر من هذه الأقوال أن يكون التقدير: وإن خفتم أن لا تقسطوا في نكاح يتامى النساء فانكحوا ما طاب لكم من غيرهن، لما أمروا بأن يؤتوا اليتامى أموالهم، ونهوا عن الاستبدال المذكور، وعن أكل أموال اليتامى، كان في ذلك مزيد اعتناء باليتامى واحتراز من ظلمهم كما قال تعالى: إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا ، فخوطب أولياء يتامى النساء أو الناس بقوله: وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى أي: في نكاح يتامى النساء، فانكحوا غيرهن[2]». ويؤكد هذا المعنى ما جاء في الحديث في تفسير الآية، حيث سأل عروة عائشة رضي الله عنها عن هذه الآية فقالت: « يَا ابْنَ أُخْتِي هِيَ اليَتِيمَةُ تَكُونُ فِي حَجْرِ وَلِيِّهَا تُشَارِكُهُ فِي مَالِهِ، فَيُعْجِبُهُ مَالُهَا وَجَمَالُهَا، فَيُرِيدُ وَلِيُّهَا أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، بِغَيْرِ أَنْ يُقْسِطَ فِي صَدَاقِهَا، فَيُعْطِيهَا مِثْلَ مَا يُعْطِيهَا غَيْرُهُ، فَنُهُوا أَنْ يُنْكِحُوهُنَّ إِلَّا

(١) سورة النساء آية: ٣.

(٢) ابن حيان، محمد بن يوسف بن علي، **البحر المحيط في التفسير**، تحقيق: صدقي محمد جميل، بدون رقم الطبعة، ١٤٢٠هـ، دار الفكر، بيروت، ج٣، ص٥٠٣.

أَنْ يُقْسِطُوا لَهُنَّ، وَيَبْلُغُوا بِهِنَّ أَعْلَى سُنَّتِهِنَّ مِنَ الصَّدَاقِ[1]».

فالإسلام بناء على الآية الكريمة نهى عن نكاح اليتيمة إذا خشي الولي إيقاع الظلم عليها، أو إذا أراد أن ينقصها حقها في الصداق كما أشار إليه الحديث الشريف.

ويؤكد الشوكاني على أن إباحة نكاح اليتيمة الصغيرة قائم على توفر المصلحة المعتبرة، يقول رحمه الله: «وأما مع عدم المصلحة المعتبرة : فليس للنكاح انعقادٌ من الأصل، فيجوز للحاكم بل يجب عليه التفرقة بين الصغيرة ومَن تزوجها، ولها الفرار متى شاءت، سواء بلغت التكليف أم لم تبلغ، ما لم يقع منها الرضاء بعد تكليفها[2]».

لذا يرى الباحث أن إباحة تزويج اليتيمة الصغيرة يدور مع توفر مصلحة لها في النكاح، فلو وجد الزوج الكفؤ الذي يستطيع صيانتها، والقيام بحاجاتها دون ظلم لها، ويسمح لها باستكمال دراستها في ظل الحاجة إلا التعليم في هذا الزمان، مع اشتراط قدرتها على تحمل المسؤولية الزوجية من قدرة على الوطء، وتحمل المسؤولية الاجتماعية في تربية الأبناء ورعايتهم، ويتأكد الأمر إذا لم يكن هناك من يرعى ويقوم بشؤون اليتيمة من أقاربها.

وقد أكد ابن قدامة – كما أشار الباحث سابقا- إلى أهمية التزويج من الكفؤ، فقال: «لا يحل تزويجها من غير كفء ولا من معيب، لأن الله تعالى أقام الولي مقامها، ناظراً لما فيه الحظ، ومتصرفاً لها لعجزها عن التصرف في نفسها، فلا يجوز له فعل ما لاحظ فيه كما في مالها، ولأنّه إذا حُرم عليه التصرف

(١) صحيح، سبق تخريجه.

(٢) الشوكاني، محمد بن علي، **وبل الغمام على شفاء الأوام**، تحقيق: محمد صبحي حلاق، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ج٢، ص٣٣.

في مالها بما لاحظ فيه، ففي نفسها أولى[1]».

ويلاحظ الباحث أن كثيرا من قوانين الأحوال الشخصية العربية أخذت بمبدأ منع تزويج الصغيرة واشتراط أن تبلغ الأنثى ثماني عشرة سنة، وأن من كانت دون ذلك فلا يصح زواجها، فقانون الأحوال الشخصية الأردني اشترط بلوغ العاقدين سن الثامنة عشر شمسية، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (١٠): أ- يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يتم كل منهما السنة الثامنة عشرة من عمره.

لكنه في المقابل أجاز لمن بلغ سن الخامسة عشر سنة شمسية الزواج وفق شروط يحددها قاضي القضاة، فجاء في الفقرة الثانية من المادة (١٠): ب- على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة يجوز للقاضي وبموافقة قاضي القضاة أن يأذن في حالات خاصة بزواج من أكمل الخامسة عشرة سنة شمسية من عمره وفقاً لتعليمات يصدرها لهذه الغاية إذا كان في زواجه ضرورة تقتضيها المصلحة ويكتسب من تزوج وفق ذلك أهلية كاملة في كل ما له علاقة بالزواج والفرقة وآثارهما[2].

وقد أصدرت دائرة قاضي القضاة الأردنية تعليمات خاصة لشروط السماح لمن هم دون الثامنة عشرة سنة شمسية وقد أتموا الخامسة عشرة، فجاء في المادة الرابعة من تلك التعليمات: «يجب على المحكمة مراعاة ما يلي لغايات منح الإذن بالزواج: ١- أن يكون الخاطب كفؤا للمخطوبة وفقا لأحكام المادة (٢١) من القانون .٢- أن يتحقق القاضي من الرضا والاختيار التامين .٣- أن تتحقق المحكمة من الضرورة التي تقتضيها المصلحة وما تتضمنه من تحقيق

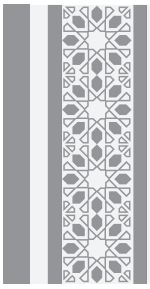
(١) ابن قدامة **المغني**، ج٧، ص٣٨٣.

(٢) شموط، حسن تيسير، **المفيد في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني**، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م، جمعية المحافظة على القرآن الكريم، الأردن، ص٢٩-٣٠.

منفعة أو درء مفسدة وبما تراه مناسبا من وسائل التحقق .٤- أن لا يتجاوز فارق السن بين الطرفين الخمسة عشر عاما .٥- أن لا يكون الخاطب متزوجا. ٦- أن لا يكون الزواج سببا في الانقطاع عن التعليم المدرسي. ٧- إثبات مقدرة الخاطب على الإنفاق ودفع المهر وتهيئة بيت الزوجية.٨- إبراز وثيقة الفحص الطبي المعتمد.».

كما جاء في المادة الخامسة من نفس التعليمات: «على المحكمة التحقق من موافقة الولي الشرعي على منح الإذن وإجراء العقد».

ويرى الباحث أن هذه التعليمات التي أصدرتها دائرة قاضي القضاة تدخل في باب السياسة الشرعية المنظمة والضابطة لموضوع زواج صغار السن ممن هم دون عمر الثامنة عشر.



الخاتمة

بعد هذا الاستعراض للبحث، ونقل أقوال الفقهاء وأدلتهم، توصل الباحث للنتائج الآتية:

١- لا يكون اليتم في النظر الفقهي إلا عند موت الأب، وبشرط أن يكون الموت قبل البلوغ، أما إطلاق اليتم بعد البلوغ فمن باب المجاز.

٢- يجوز للولي أن يزوج اليتيمة الصغيرة إذا توفرت الشروط التالية:

أ- أن يكون الزوج كفؤاً غير معيب.

ب- صلاحية الصغيرة للزواج والدخول.

ج- أن تُزوج اليتيمة بمهر المثل، فلا يجوز أن تزوج بأقل من ذلك.

٣- تملك اليتيمة التي زوجت قبل البلوغ الخيار في إتمام الزواج أو فسخه إذا بلغت وعلمت بالزواج.

٤- يشترط لاستعمال حق الخيار لليتيمة الصغيرة أن لا ترضى بالنكاح، وأن تراجع القاضي.

٥- ينبغي التحقق من مصلحة اليتيمة قبل الإسراع في تزويجها.

ـ التوصيات:

١- يوصي الباحث الأولياء أن يتقوا الله في اليتيمات، وأن لا يسارعوا بتزويجهن قبل التأكد من وجود مصلحة من الزواج.

٢- يوصي الباحث أصحاب القرار في الدول العربية بوضع تعليمات تلزم

الأولياء بأخذ الإذن من القاضي الشرعي عند تزويج اليتيمة دون الثامنة عشر، والتأكد من وجود مصلحة للزواج.

المراجع والمصادر

١. أحمد، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١ م.

٢. الألباني، محمد ناصر الدين، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٨٥م.

٣. الألباني، محمد ناصر الدين، **صحيح سنن أبي داود**، الكويت، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.

٤. الباجي، سليمان بن خلف بن سعد، **المنتقى شرح الموطأ الإمام مالك**، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ النشر.

٥. البخاري، محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**، تحقيق: محمد زهير بن ناصر، بيروت، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٦. البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود، **شرح السنة**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م.

٧. البهوتي، منصور بن يونس، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، بيروت، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م.

٨. البهوتي، منصور بن يونس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٩. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، **السنن الكبرى**، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣م.

١٠. الترمذي، محمد بن عيسى بن سَوْرة، **سنن الترمذي**، تحقيق: أحمد شاكر وآخـرون، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية، ١٩٧٥م.

١١. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الحنبلي، **مجموع الفتاوى**، تحقيق: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، المدينة النبوية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

١٢. الجصّاص، أحمد بن علي الرازي الجصّاص، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.

١٣. الحاكم، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م.

١٤. الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، بيروت، دار المعرفة، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

١٥. ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م.

١٦. ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد، **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني، بيروت، دار المعرفة، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

١٧. ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة، ١٩٩٣م.

١٨. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري، **المُحلى بالآثار**، تحقيق: الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

١٩. الحصكفي، محمد بن علي الحصني، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، مطبوع مع كتاب رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي محمد معوّض بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٢٠. الحطّاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٩٩٢م.

٢١. ابن حيان، محمد بن يوسف بن علي، **البحر المحيط في التفسير**، تحقيق: صدقي محمد جميل، بدون رقم الطبعة، ١٤٢٠هـ، دار الفكر، بيروت.

٢٢. الخرشي، أبو عبد الله بن محمد بن عبد الله، **شرح الخرشي على مختصر خليل**، بيروت، دار صادر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٢٣. خليل، خليل بن اسحاق بن موسى، **مختصر العلامة خليل**، مطبوع مع كتاب الخرشي على مختصر خليل، بيروت، دار صادر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٢٤. الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد، **سنن الدارقطني**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.

٢٥. أبـوداود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق، **سنن أبـي داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، بدون معلومات نشر.

٢٦. الدبوسي، أبـو زيد عبد الله بن عمر، **كتاب النكاح من الأسـرار**، تحقيق: الدكتور نايف العمري، القاهرة، دار المنار، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م.

٢٧. الدسوقي، محمد عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٢٨. الدولابي، أبو بِشْر محمد بن أحمد بن حماد، **الكنى والأسماء**، تحقيق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.

٢٩. ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، القاهرة، دار الحديث، بدون رقم الطبعة، ٢٠٠٤م.

٣٠. ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة**، تحقيق: د. أحمد الشرقاوي إقبال، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٨٨م.

٣١. الزركشي، محمد بن عبد الله، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، الرياض، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م.

٣٢. الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، بيروت، دار الكتاب الإسلامي الطبعة الثانية، بدون تاريخ النشر.

٣٣. الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف، **نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية**، الهند، المجلس العلمي بالهند، الطبعة الأولى، ١٩٣٨م.

٣٤. السرخسي، محمد بن أحمد أبو بكر السرخسي، **المبسوط**، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٣٥. السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد، **تحفة الفقهاء**، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م.

٣٦. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، **الأم**، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة، ١٩٩٠م.

٣٧. شموط، حسن تيسير، **المفيد في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني**، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م، جمعية المحافظة على القرآن الكريم، الأردن.

٣٨. الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني ، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، بيروت، عالم الكتب، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٣٩. الشوكاني، محمد بن علي، **وبل الغمام على شفاء الأوام**، تحقيق: محمد صبحي حلاق، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.

٤٠. الشيباني، محمد بن الحسن الشيباني، **الحجة على أهل المدينة**، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، بيروت، عالم الكتب، الطبعة الثالثة، ١٤٠٣هـ.

٤١. ابن أبي شيبة، أبوبكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم، **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار**، تحقيق: كمال الحوت، الرياض، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.

٤٢. شيخي زاده، عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٤٣. الشيرازي، إبراهيم بن يوسف، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، مصر، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الثانية، ١٩٥٩م.

٤٤. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**، تحقيق: محمد بن عبد القادر عطا، بيروت، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٩٩١م.

٤٥. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم ، **منار السبيل في شرح الدليل**، الرياض، مكتبة المعارف، الطبعة الثانية، ١٩٨٥م.

٤٦. ابن عابدين، محمد بن أمين الشهير بابن عابدين الحنفي، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي محمد معوّض بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٤٧. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار**، دمشق، دار قتيبة، الطبعة الأولى، بدون تاريخ النشر.

٤٨. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، المغرب، وزارة الأوقاف في المملكة المغربية، بدون رقم الطبعة، ١٩٨٨م.

٤٩. عبدالرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع، **المصنف**، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.

٥٠. عبدالوهاب، القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، تحقيق: الحبيب بن طاهر، مصر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.

٥١. ابن العربي، محمد بن عبد الله ابن العربي المالكي، **أحكام القرآن**، تحقيق: علي محمد البيجاوي، مصر، مطبعة عيسى الحلبي، الطبعة الثانية، ١٩٦٧م.

٥٢. العيني، محمود بن أحمد بن موسى، **البناية في شرح الهداية**، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٥٣. الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب الشيرازي، **القاموس المحيط**، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، ٢٠٠٥م.

٥٤. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: سعيد محمد اللحام، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٥٥. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، **المغني على مختصر الخرقي**، بيروت، دار الفكر، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٥٦. القرافي، أحمد بن إدريس، **الذخيرة**، تحقيق: محمد بوخبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٥٧. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، القاهرة، دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية، ١٩٦٤م.

٥٨. القفّال، محمد بن أحمد الشاشي القفّال، **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء**، تحقيق: د. ياسين أحمد إبراهيم درادكة، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٩٨٠م.

٥٩. ابن القيم، محمد بن أبي بكر الجوزية، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة ١٤، ١٩٩٠م.

٦٠. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، القاهرة، مطبعة الإمام، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٦١. ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، **سنن ابن ماجة**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة، دار إحياء الكتب العربي، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٦٢. مالك، الإمام مالك بن أنس، **المدونة الكبرى برواية سحنون التنوخي عن ابن القاسم عن مالك بن أنس**، بيروت، دار الفكر ، بدون رقم الطبعة، ١٩٧٨م.

٦٣. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، **الحاوي الكبير شرح مختصر المزني**، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٦٤. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٦٥. المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، **الهداية شرح بداية المبتدي**، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م.

٦٦. مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٦٧. المطيعي، محمد نجيب، **تكملة المجموع شرح المهذب للنووي**، جدة، مكتبة الإرشاد، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٦٨. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، **المبدع في شرح المقنع**، بيروت، المكتب الإسلامي، بدون رقم الطبعة، ١٤٠٠هـ.

٦٩. ابن الملقن، أبو حفص عمر بن علي، **البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير**، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، الرياض، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.

٧٠. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر للطباعة والنشر، بدون رقم طبعة، ١٩٥٦م.

٧١. ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلي، **الاختيار لتعليل المختار**، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٧٢. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، **المجتبى من السنن أو السنن الصغرى للنسائي**، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م.

٧٣. النسفي، عبد الله بن أحمد الحنفي، **كنز الدقائق**، مطبوع مع كتاب تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق- للزيلعي، بيروت، دار الكتاب الإسلامي الطبعة الثانية، بدون تاريخ النشر.

٧٤. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، **شرح فتح القدير**، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة وتاريخ النشر.

٧٥. الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، تحقيق حسام الدين القدسي، القاهرة مكتبة القدسي، بدون رقم الطبعة، ١٩٩٤م.

مجلة
البحث العلمي الإسلامي

مجلة إسلاميَّة علميَّة مُحكَّمة تعنى بالبحوث والدراسات الإسلامية
تصدر كل ستة أشهر مؤقتاً - لبنان - طرابلس

٢

موقف الإسلام من حماية الأسرار الطبية للمريض

إعداد الدكتور
كمال الزهران

مقدمه

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد..

فإن الشريعة الإسلامية جاءت بمبادئ متكاملة، تضمن مصالح العباد، وتدرأ عنهم الشر والفساد، وتحفظ حقوقهم، وتراعي حرماتهم، وتصون عوراتهم، وقد عنيت الشريعة الإسلامية عناية فائقة بحماية الحريات الشخصية وصيانتها، إلا أن هذه الحريات ليست مطلقة دون تقييد أو تحديد، بل جعلت لها الشريعة ضوابط تحفظ بها حرمات الأشخاص، وتحافظ على أمن المجتمع واستقراره.

ولا شك أن الإسلام يعترف ويقر بحق الإنسان في حفظ خصوصياته، وعدم الاعتداء عليها، سواء عن طريق التجسس، أو المسارقة البصرية، أو السمعية، وعدم إفشاء الأسرار الخاصة بالشخص، أو غير ذلك مما يضر بحياة الإنسان الخاصة، وقد أفرد الإسلام لمثل هذه التجاوزات عقوبات من شأنها إهدار عدالة الشخص الذي تقع منه هذه الجرائم، أو بصيغة حديثة: فقدانه للاعتبار؛ لما تشكله هذه الجرائم من إخلال ببنية المجتمع.

ولا شك أيضًا أن إفشاء الأسرار الطبية للمريض من قبل الطبيب القائم على علاجه، يعد جريمة من أخس الجرائم لما فيها من استغلال لحالة الضعف الإنساني التي يكون فيها المريض لأي غرض من أغراض الاستغلال. ولهذا كان

للشريعة الإسلامية إسهامها في تجريم هذا الفعل المشين.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

١- إظهار عظمة الشريعة في حفظ الأسرار وحظرها أية محاولة لانتهاك حرمتها وخصوصيتها؛ وليس أدل على ذلك من قول الله عز وجل: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَآئِنِينَ﴾ [الأنفال: ٥٨]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ﴾ [الحج: ٣٨].

٢- إن علم الفقه الإسلامي يعد من أجل العلوم قدرا وأعزها مكانا وأشرفها مركزا؛ لأنه يحفظ الحقوق والأنفس ويبين الحلال والحرام عمليا، وهو من وظائف الأنبياء والمرسلين.

٣- يساهم هذا الموضوع في معالجة آفة من آفات المجتمع المعاصر التي تسربت إلينا بسبب البعد عن الكتاب والسنة، وهي إفشاء الأسرار بصفة عامة وإفشاء أسرار المرضى من قبل الأطباء بصفة خاصة.

٤- الرغبة في بيان ما قام به الفقهاء من جهد موفق في بيان حفظ الأسرار بما يضمن حفظ الحقوق والمحافظة على الأعراض والأنفس.

لهذه الأهمية استعنت بالله تعالى على كتابة هذا البحث وقد جاء في مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة على النحو الآتي:

المقدمة: وفيها عنوان البحث، وأسباب اختيار الموضوع، وأهميته.

التمهيد: ويشتمل على بيان مفردات عنوان البحث.

- السر في اللغة والاصطلاح.
- الطب في اللغة والاصطلاح.
- المريض في اللغة والاصطلاح:

المبحث الأول: مشروعية حفظ الأسرار وحكمه في الشريعة الإسلامية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الخصوصية في حياة الإنسان وموقف الإسلام منها.

المطلب الثاني: حفظ السر في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: حكم إفشاء السر في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: ضوابط جواز إفشاء السر الطبي والمواضع التي يباح فيها إفشاؤها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التبليغ عن الأمراض المعدية.

المطلب الثاني: التبليغ عن المواليد والوفيات.

المطلب الثالث: التبليغ لمنع وقوع الجريمة.

المبحث الثالث: الرضا وأثره في إفشاء الأسرار الطبية.

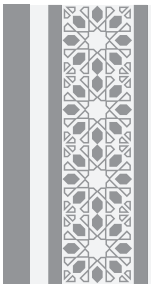
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الرضا في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: شروط الرضا في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: الرضا في إفشاء الأسرار.

الخاتمة: وتشتمل على أهم نتائج البحث وتوصياته.



التمهيد:
التعريف بمفردات العنوان

أولاً: السر في اللغة والاصطلاح.

قال ابن فارس: «السين والراء يجمع فروعه إخفاء الشيء. وما كان من خالصه ومستقره، لا يخرج شيء منه عن هذا. فالسر: خلاف الإعلان. يقال أسررت الشيء إسراراً؛ خلاف أعلنته»[1].

فالسِرّ على ما قال علماء اللغة[2] ما يُكتم في النَّفْس من الحديث. وسارّه: أَوصاه بأَن يُسِرَّه. وتسارّ القومُ. وقوله تعالى: ﴿وَأَسَرُّواْ ٱلنَّدَامَةَ﴾ [يونس: ٥٤] أَي: كتموها. وقيل: معناه: أَظهروها، بدليل قوله تعالى: ﴿يَٰلَيۡتَنَا نُرَدُّ وَلَا نُكَذِّبَ﴾ [الأنعام: ٢٧]، وليس كذلك؛ فإِنَّ النَّدامة التى كتموها ليست بإِشارة إِلى ما أَظهروه.

وأَسَرّ إِلى فلان حديثا: أَفضى به إِليه في خفية، قال تعالى: ﴿وَإِذۡ أَسَرَّ ٱلنَّبِيُّ إِلَىٰ بَعۡضِ أَزۡوَٰجِهِۦ حَدِيثٗا﴾ [التحريم: ٣][3].

وقال في القاموس المحيط: «السر ما يكتم كالسريرة»[4]. وقال في المصباح المنير: «السر ما يكتم، وهو خلاف الإعلان، والجمع أسرار، وأسررت

(١) مقاييس اللغة (٦٧/٣).
(٢) لسان العرب (٢٣٥/٦).
(٣) بصائر ذوي التمييز (٢٠٦/٣).
(٤) القاموس المحيط (٣٦٦/١).

الحديث: أخفيته»[١].

قال الليث: السر ما أسررت به، والسريرة: عمل السر من خير أو شر. والسر من ألفاظ الأضداد فيطلق على الإعلان أيضا، قال الله تعالى: ﴿وَأَسَرُّوا۟ ٱلنَّدَامَةَ لَمَّا رَأَوُا۟ ٱلْعَذَابَ﴾ [يونس: ٥٤] أي: أظهروا الندامة[٢].

وفي المعجم الوسيط: «وما يسره المرء في نفسه من الأمور التي عزم عليها»[٣].

وقد ورد السرّ في القرآن على أَوجه مختلفة اثنتين وثلاثين مرة، فتارة جاءت الآيات في مقابلة السِّر بالجهر، ومقابلته بالعلن، كما ذكر السِّر مقابلًا بعدم الإبداء، وكما عبَّر عنه بالإخفاء[٤].

وعلى هذا فاستعمال السر في اللغة يطلق على كتمان الشيء وعدم ظهوره.

تعريف السر اصطلاحًا:

لم نقف للفقهاء على تعريف خاص للسر، وذلك لوضوح معناه، والذي يستفاد من الفروع الفقهية أن استعمالهم هذا اللفظ لا يخرج عن المعنى اللغوي السابق؛ لكن لبعض المعاصرين تعريفات متقاربة في اللفظ والمعنى ومن ذلك:

١- السر هو كل ما تكتمه وتخفيه نفسك ولا تطلع عليه أحدا؛ لدفع ضر أو لجلب مصلحة أو تخص به من تثق به دون سواه[٥].

٢- وقد حاول مجمع الفقه الإسلامي بيان ماهية السر بقوله: بأنه كل ما

---

(١) المصباح المنير بشرح الرافعي الكبير (٢٧٣/١).
(٢) ينظر: تاج العروس (٥/١٢).
(٣) المعجم الوسيط (٤٢٦/١).
(٤) بصائر ذوي التمييز (٢٠٦/٣)، والأسرار بين الحفظ والإفشاء وموقف الشريعة الإسلامية، د. إبراهيم عيسى سليمان (٣٦٣/٣).
(٥) حث الأخيار على حفظ الأسرار، عبد الإله بن إبراهيم بن داود، ص (١٠).

يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتمًا إياه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العُرف يقضي بكتمانه، كما يشمل عيوب الإنسان وخصوصيَّاته التي يكره أن يطِّلع عليها الناس[١].

لكن اعترض على هذا التعريف بأن السِّر قد لا ينقل ويبقى حبيس ذهن صاحبه[٢].

ولعل تعريف السر بأنه: «ما لا يظهر ويعلن، أو ما لا يراد له الظهور والإعلان»[٣] أوجه؛ وذلك لقصره ودلالته على المطلوب.

ثانياً: الطب في اللغة والاصطلاح.

قال ابن فارس: «الطاء والباء أصلان صحيحان، أحدهما يدل على علم بالشيء ومهارة فيه. والآخر على امتداد في الشيء واستطالة.

فالأول الذي عليه مدار التعريف، هو العلم بالشيء. يقال: رجل طب وطبيب، أي عالم حاذق»[٤].

والطب بكسر الطاء في لغة العرب يطلق بالاشتراك على معان كثيرة منها الإصلاح والحذق؛ قال الجوهري: كل حاذق طبيب عند العرب[٥]؛ وقال أبو عبيد: أصل الطب الحذق بالأشياء والمهارة بها[٦].

وقال غيره رجل طبيب أي حاذق: سمي طبيبًا لحذقه وفطنته[٧].

---

(١) فتاوى مجمع الفقه الإسلامي، السِّر في المهن الطبية، ص (٢٠٧).
(٢) كتمان السِّر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، إعداد: يوسف بن أدول بن إدريس، ص (١٦).
(٣) الأسرار بين الحفظ والإفشاء وموقف الشريعة، د. إبراهيم سليمان عيسى (٣٦٣/٣).
(٤) مقاييس اللغة (٤٠٧/٣).
(٥) ينظر: الصحاح، للجوهري (١٧٠/١) مادة (طبب).
(٦) غريب الحديث، للقاسم ابن سلام (٤٤/٢)، وغريب الحديث لابن قتيبة (٤١٨/١).
(٧) ينظر: تهذيب اللغة (٢٠٨/١٣)، وتاج العروس (٢٥٩/٣)، والمعجم الوسيط، مادة

ويطلق الطبيب عند أهل اللغة بالاشتراك أيضا على المداوي والمتداوي والـداء[١]. وعلى هذا فالطب عند أهل اللغة يراد به علاج الجسم والنفس من السقم والأمراض.

تعريف الطب في الاصطلاح:

الطب هو: صناعة فاعلة عن مبادئ صادقة يلتمس بها حفظ بدن الإنسان، وإبطال المرض وذلك أقصى ما يمكن في واحد من الأبدان[٢]. ويزيد ابن رشد الكلام وضوحًا فيقول: «إن هذه الصناعة ليس غايتها أن تبرئ ولابد، بل أن تفعل ما يجب بالمقدار الذي يجب، ثم ينتظر حصول غايتها، كالحال في صناعة الملاحة وقود الجيوش»[٣].

وقيل: هو فن أو علم يتناول المحافظة على الصحة والوقاية من المرض وعلاجه[٤]. فضلًا عن أنه صناعة لا يقتصر فيها على العمل المادي الذي يقوم به الطبيب لعلاج جسم المريض، بل يشمل كذلك العمل النفسي أو الروحي من جهة الطبيب المعالج؛ ولهذا عرفه صاحب الروضة الندية بقوله في صناعة الطب: «هي عبارة عن التمسك بطبائع الأدوية الحيوانية أو النباتية أو المعدنية والتصرف في الأخلاط نقصًا وزيادة»[٥].

(طب) (٥٤٩)، وزاد المعاد (١٣٦/٤)، والآداب الشرعية (٨٤/٣)، وتهذيب الأسماء (١٧٥/٣).

(١) ينظر: القاموس المحيط، للفيروز أبادي (١٠٠/١)، والمصباح المنير، ص(٢٩٥)، ولسان العرب، مادة (طب) (٥٥٣/١).

(٢) الكليات في الطب، للإمام ابن رشد القرطبي، ص(١٩).

(٣) السابق.

(٤) ينظر: ماهية الطب الإسلامي، د. أحمد القاضي، ص(٥١).

(٥) ينظر: الروضة الندية بشرح الدرر البهية، لأبي الطيب صديق بن حسن خان البخاري (٢٢٧/٢).

وأما الطبيب فيطلق في اصطلاح أهل العلم على العارف بتركيب البدن، ومزاج الأعضاء، والأمراض الحادثة، وكمياتها، ويخالف بينها وبين كيفياتها[١].

ثالثاً: المريض في اللغة والاصطلاح:

المريض لغة: من المرض، والمرض - بفتح الراء وسكونها - هو السقم وهو نقيض الصحة، وما يعرض للبدن، فيخرجه عن الاعتدال الخاص، ويكون المرض للإنسان والبعير، وهو اسم للجنس، والمرض في القلب فتور عن الحق، وفي الأبدان فتور الأعضاء، وفي العين فتور النظر، كما يقال: بدن مريض: ناقص القوة. وقلب مريض: ناقص الدين[٢].

ويتبين من هذا أن المريض من تغير حاله من الكمال (النسبي) إلى النقص النسبي باعتبار أن الصحة هي الأصل، فإذا انتقل من المرض إلى الصحة تغير حاله تغيرًا عكسيًّا (من النقص إلى الكمال).

تعريف المريض اصطلاحًا:

المريض هو من اعتلت صحته بسبب حالةٍ غير طبيعية أصابت جميع بدنه أو نفسه أو عضواً منها[٣].

وقيل هو: «السقيم، وهو نقيض الصحة، أو هو من خرج جسمه عن حالة الاعتدال التي تعني قيام أعضاء البدن بوظائفها المعتادة، مما يعوقه عن ممارسة

---

(١) الرتبة في طلب الحسبة، للماوردي الشافعي، ص(٢٨٢).

(٢) ينظر: التعريفات، للجرجاني، ص(٢٢٤)، ولسان العرب (٢٩٣/٧-٢٩٥)، والقاموس المحيط، ص(٨٤٣).

(٣) ينظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع، لمحمد بن صالح العثيمين (٤٥٩/٤)، ومؤتمر الطب الإسلامي الأول، نشرة الطب الإسلامي الأبحاث وأعمال المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي، ص(٥٩).

أنشطته الجسدية والعقلية والنفسية بصورة طبيعية»[1].

(١) الموسوعة الطبية الفقهية، أحمد محمد كنعان، ص(٨٤٥).

المبحث الأول:
مشروعية حفظ الأسرار وحكمه في الشريعة الإسلامية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الخصوصية في حياة الإنسان وموقف الإسلام منها.

المطلب الثاني: حفظ السر في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: حكم إفشاء السر في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: الخصوصية في حياة الإنسان وموقف الإسلام منها

حرص الإسلام على حق الإنسان في خصوصيات بعض جوانب حياته، فمنحه حيزًا يستطيع فيه إدارة شؤون حياته الشخصية دون أن تكون مكشوفة للآخرين ودون تدخلهم، فخصوصية الإنسان تصاحب الشخص منذ ولادته وحتى مماته، فالإسلام حافظ على خصوصيات الإنسان الخاصة والفردية ودعمها بكل الوسائل المتاحة لإبقاء شخصية الإنسان قائمة ومستقرة ومستقلة[1]، ومن حفظ الإسلام لهذا الحق حق الإنسان في حماية المشاعر الإنسانية الراقية التي تبعث في النفس نزوعًا فطريًا يدفع الإنسان دفعًا لصيانة الجوانب الخاصة في حياته

(١) عرف الحق في الخصوصية بأنه: حق الفرد في حماية بعض مظاهر حياته الخاصة، وخاصة المحافظة على السرية بما يصون معطيات الحياة التي يحرص على عدم تدخل الناس فيها.
ينظر: الضرر الأدبي، أ.د.عبد الله مبروك النجار، ص(٣٠٠، ٣٠١).

عن التبذل، وينأى به عن أن تكون عوراته حمى مباحًا لمن يدفعه الفضول، أو القصد السيء للاطلاع عليها، وهذه من المصالح المعتبرة التي اعتبرها الشارع من المقاصد العامة في تشريعاته[1].

ومن أبرز صور هذه التطبيقات حق الإنسان في المحادثة مع الآخرين سواء كان طبيباً أو غيره[2]؛ ولهذا صبغ الحماية الكاملة لهذا الحق وجعله من المناهي التي نهى عنها الشارع الحكيم؛ فجعل الاعتداء عليها انتهاكا لحق الخصوصية التي كفلها الإسلام؛ لكونها مملوكة لصاحبها؛ فيكون في الاعتداء عليها اعتداء على حق الغير، وهو لا يجوز شرعًا؛ وذلك تصديقا لقوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨].

وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمۡ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ﴾ [الأنفال: ٢٧].

وقال الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ ﴾ [المؤمنون: ٨].

وقال الله تعالى: ﴿ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ولا شك أن الخِطَاب في قوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ ﴾ يقتضي عمومه سائر المكلفين، فليس من الجائز الاقتصار به على بعض الناس دون بعض. كما

(١) الضرر الأدبي، أ.د. عبد الله مبروك النجار، ص(٣٠٠، ٣٠١)، وحماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي دراسة مقارنة، د. ممدوح خليل بحر، ص(٣٥، ٣٧).

(٢) جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة «الحق في الخصوصية» وعقوبتها في الشريعة والقانون. إعداد: عبد اللطيف هميم محمد، ص(١٢٢)، وحماية الحياة الخاصة، د. ممدوح خليل بحر، ص(٤٤).

نبه على ذلك «الجَصَّاص» - رحمه الله - في تفسير الآية المذكورة[1].

فالأمانات تتضمن الولايات كلها؛ الدينية والدنيوية؛ كبيرها، وصغيرها، وأنه يتحتم على كل من يقوم بولاية ما أن يقيم العدل ويزن الأمور بالقسطاس المستقيم، وليس من الأمانة إفشاء الأسرار؛ فذلك - بلا شك - خيانة منافية للأمانة؛ تجعل المرء في حرج عظيم. ولا أدل على ذلك من أن النبي ﷺ قد نفى الإيمان عمن انتفت عنه الأمانة، فقد روي عن أنس بن مالك – رضي الله عنه – أنه قال: ما خطبنا نبي الله ﷺ إِلَّا قَالَ: «لَا إِيمَانَ لِمَنْ لَا أَمَانَةَ لَهُ، وَلَا دِينَ لِمَنْ لَا عَهْدَ لَهُ»[2].

وقد عد الرسول ﷺ خيانة الأمانة من علامات النفاق، وذلك في الحديث المروي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «من علامة المنافق ثلاثة، وإن صلى، وصام، وزعم أنه مسلم: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان»[3].

---

(١) ينظر: أحكام القرآن، للجصاص (٢٠٧/٢).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (١٥٤/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٨٨/٦) كتاب الوديعة، باب: ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات.

(٣) هذا الحديث له طرق عن أبي هريرة:

أ- طريق مالك بن أبي عامر عنه:

أخرجه البخاري (١٢٤/١) كتاب الإيمان، باب: علامة المنافق (٣٣)، ومسلم (٧٨/١) كتاب الإيمان، باب: بيان خصال المنافق (٥٩/١٠٧)، وأحمد (٣٥٧/٢)، والترمذى (٣٧٣/٤) أبواب الإيمان، باب: ما جاء في علامة المنافق (٢٦٣١)، والنسائى (١١٦/٨) كتاب الإيمان، باب: علامة المنافق ولفظه «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان».

ب- طريق سعيد بن المسيب عنه:

أخرجه مسلم (٥٩/١١٠)، وأحمد (٣٩٧/٢ و٥٣٦) ولفظه: «ثلاث في المنافق، وإن صلى، وإن صام وزعم أنه مسلم: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان».

وإذا كان هذا هو شأن الخيانة في الشرع الحنيف، وثبت أن إفشاء الأسرار خيانة – تأكد بلا شك أنه لا يجوز المساس بخصوصية الإنسان بأي شكل من التصرفات.

أضف إلى هذا أن انتهاك حرمة الآخرين وإفشاء أسرارهم يؤدي إلى التباغض والتشاحن بين المسلمين، وهو في الوقت نفسه تتبع لعوراتهم، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك في كثير من الأحاديث الشريفة، ومن ذلك:

١- ما روي عَنْ قتادة، عَنْ أنس، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا تَحَاسَدُوا، وَلَا تَبَاغَضُوا، وَلَا تَقَاطَعُوا، وَكُونُوا عِبَادَ اللهِ إِخْوَانًا»(١).

فقد بيَّن النبي ﷺ في هذا الحديث أن الأخوة بين المسلمين تكون بعدم التحاسد والتباغض والتناجش والتدابر، وبأن المسلم لا يظلم أخاه المسلم ولا يخذله ولا يحقره، وهذه هي قواعد الأخوة الحقة، وهي تقتضي حظر التعدي على جميع خصوصيات المسلم، ومنها حفظ أسراره وما اشتملت عليه من خصوصية.

٢- ما روي عَنِ ابن عمر أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قَالَ: «يَا مَعْشَرَ مَنْ آمَنَ بِلِسَانِهِ، وَلَمْ يُفْضِ الإِيمَانُ إِلَى قَلْبِهِ: لا تَغْتَابُوا الْمسلمينَ، وَلا تَتَّبِعُوا عَوْرَاتِهِمْ، فَإِنَّهُ مَنْ تَتَبَّعَ عَوْرَاتِ الْمسلمينَ، تَتَبَّعَ اللَّهُ عَوْرَتَهُ، وَمَنْ تَتَبَّعَ اللَّهُ عَوْرَتَهُ، فَيَفْضَحهُ وَلَوْ فِي جَوْفِ رَحْلِهِ. قَالَ: وَنَظَرَ ابن عمر يَوْمًا إِلَى الْكَعْبَةِ، فَقَالَ: مَا أَعْظَمَكِ وَأَعْظَمَ حُرْمَتَكِ،

ج- طريق عبد الرحمن بن يعقوب مولى الحرقة عنه:
أخرجه مسلم (١٠٨ و٥٩/١٠٩)، والترمذي (٢٦٣١) ولفظه: «من علامات المنافق ثلاثة: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان».

(١) أخرجه البخاري (١٠٦/٩) في النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع (٥١٤٣)، و(٤٩٦/١٠) في الأدب، باب ما ينهى عن التحاسد والتدابر (٦٠٦٤)، وباب ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱجْتَنِبُواْ كَثِيرًا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ ٱلظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُواْ﴾ [الحجرات: ١٢] (٦٠٦٦) و(٦/١١) في الفرائض، باب تعليم الفرائض (٦٧٢٤)، ومسلم (١٩٨٥/٤) في البر والصلة (٢٨ ٢٥٦٣/٣١).

وَالْمُؤْمِنُ أَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ حُرْمَةً مِنْكِ»[1].

فدل هذا الحديث على تحريم الاعتداء على أسرار الآخرين، فإن قول النبي ﷺ: «ولا تتبعوا عوراتهم» أي: لا تتبعوا عيوبهم ومساوئهم[2]. وقد وصف النبي ﷺ من يفعل ذلك بالنفاق، حيث نعته ﷺ بأنه ممن «آمنوا بألسنتهم ولم يدخل الإيمان قلوبهم»، وهذه صفة المنافقين.

كما حافظ الإسلام أيضا على سمعة الإنسان وشرفه؛ فحاطه بسياج متين، يحول دون مجرد الاقتراب منها، ويتضح هذا جليًّا من موقف الإسلام من جريمتي القذف والسب، وهما من أهم الاعتداءات التي تنال من سمعة الإنسان، وتحط من كرامته وقدره، ليس فقط في حياته؛ بل بعد موته أيضًا، حيث يلحق العار أهله وأسرته وكل من ينتسب إليه، وخصوصًا إذا ما حدث القذف أو السب بطريق النشر في إحدى الجرائد أو المطبوعات، أو من خلال وسائل الإعلام المرئية أو المسموعة، حيث إن الناس قد دأبوا على تصديق كل ما يعرض من خلال هذه الوسائل، فضلًا عن أن القذف أو السب من خلال هذه الوسائل يفسح المجال للاطلاع عليهما من جانب أشخاص عديدين، سواء منهم من قرأ الخبر بنفسه، أو علم به نقلًا عمن قرأه[3].

ومن أجل ذلك كله كانت جريمتا القذف والسب في العصر الحاضر أشد ضررًا وأعظم خطرًا من ذي قبل، وبما أن الشريعة الإسلامية قد حرصت كل

(١) أخرجه الترمذي (٣٣١/٤) كتاب البر والصلة، باب: ما جاء في تعظيم المؤمن (٢٠٣٢)، وذكر الترمذي للحديث رواية ثانية، فقال: وروى إسحاق بن إبراهيم السمرقندي عن حسين بن واقد نحوه، وذكر ابن كثير في تفسير القرآن العظيم (٢٢٩/٤)، تفسير سورة الحجرات، من طريق أبي بكر الإسماعيلي صاحب المستخرج على الصحيحين.

(٢) عون المعبود (١٥٣/١٣).

(٣) ينظر: جرائم الصحافة والنشر في ضوء القضاء والفقه، د. عبد الحميد الشواربي، ص (٩).

الحرص على حماية الإنسان من كل سوء يمس شرفه وعرضه واعتباره، فقد حرم الإسلام القذف والسب بكل صورهما وأشكالهما وألفاظهما؛ حفاظًا على القيم الاجتماعية والآداب الأخلاقية.

والخصوصية في الإسلام ليست منحة من مخلوق لمخلوق يمن بها عليه، يمنحها له إن شاء، ويسلبها منه إن شاء، بل هى حق قرره الله - عز وجل - للإنسان، بحكم فطرته الإنسانية، وكونه خليفة الله في الأرض، الذي كرمه على سائر المخلوقات، فقال تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ [البقرة: ٣٠]، وقال تعالى: ﴿۞ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [الإسراء: ٧٠].

ومقتضى هذا التكريم الإلهي للإنسان أن يكون للإنسان الحق في حماية ما يخصه في نفسه، أو في ماله، أو عرضه، من التعدي عليه بأي شكل من أشكال التعدي: كالاضطهاد، أو التحقير، أو التعذيب، فلا يجوز أن يصدر شيء من هذه السلوكيات مطلقًا ضد الإنسان من أي أحد؛ إلا إذا كان هذا الفرد ظالمًا فإنه يعاقب على ظلمه بقدره دون تجاوز أو تعدٍّ عملًا بقول الله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓا۟ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠].

وقال - تعالى-: ﴿فَإِنِ ٱنتَهَوْا۟ فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣].

المطلب الثاني: حفظ السر في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية قد حافظت على المجتمع المسلم وحفظته من كل ما يمس كيانه فجعلت الحفاظ على أسرار الناس من أهم الآداب في الشريعة الإسلامية، والتى يجب على كل مسلم أن يتحلى بها وأن يحافظ عليها، مراعاة لخصوصيات الناس، ومنعًا للإضرار بهم أو الحيلولة دون تحقيق مصالحهم،

ومن يتتبع الكتاب والسنة، يجد النصوص الكثيرة التي دلت بالمنطوق والمفهوم على صحة ذلك ومن ذلك ما يلي:

أولًا: الكتاب:

١- قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾ [الإسراء: ٣٤].

ويقول تعالى: ﴿بَلَىٰ مَنْ أَوْفَىٰ بِعَهْدِهِۦ وَٱتَّقَىٰ فَإِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران: ٧٦].

وقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَٰهَدُوا۟ ۖ وَٱلصَّٰبِرِينَ فِى ٱلْبَأْسَآءِ وَٱلضَّرَّآءِ وَحِينَ ٱلْبَأْسِ ۗ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ صَدَقُوا۟ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٧].

وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِأَمَٰنَٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨].

وقال تعالى في موضع آخر: ﴿وَبِعَهْدِ ٱللَّهِ أَوْفُوا۟ ۚ ذَٰلِكُمْ وَصَّىٰكُم بِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

وجه الدلالة من هذه الآيات:

دلت هذه الآيات بعمومها على الوفاء بالعهد، دون أن تخصص نوعاً ما من العهود، فدل ذلك على وجوب الوفاء بجميع العهود، بما فيها عهد الطبيب الذي أبرمه عند تخرجه والتزمه، وفي هذا يقول الإمام فخر الدين الرازى «كل عقد وعهد جرى بين إنسانين فإنه يجب عليهما الوفاء بمقتضى ذلك العقد والعهد»[(١)].

والتعبير بلفظ المسؤولية الوارد في بعض الآيات مع اقترانه بالعقد يدل على وجود سائل ومسؤول عنه وجزاء يترتب على نتيجة هذه المساءلة؛ واقتران بعض الآيات بعهد الله يقتضي تقديسًا لها وتخويفًا لعباده من أن يمسوها بسوء

(١) التفسير الكبير، لفخر الرازى، (٢٠/٢٠٥)، والفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣/٤٧٤).

وأن من يوثق عهده بيمين الله فقد اتخذ الله كفيلًا بوفائه، فإذا غدر بعهده فقد اتخذ عهد الله للغش وزيف القول.

ثانيًا: السنة النبوية:

دلت السنة النبوية المطهرة بمنطوقها ومفهومها على حفظ الأسرار وأن إفشاءها يعد خيانة للأمانة، ومن أبرز ما جاء في ذلك ما يلي:

١- روى جَابِر بن عبد اللَّهِ أَنَّ النبي ﷺ قال: من حَدَّثَ في مَجْلِسٍ بِحَدِيثٍ فَالْتَفَتَ فهي أَمَانَةٌ »[(١)].

٢- وروى أيضا قال رسول اللَّهِ ﷺ «الْمَجَالِسُ بِالْأَمَانَةِ إلا ثَلَاثَةَ مَجَالِسَ: سَفْكُ دَمٍ حَرَامٍ أو فَرْجٌ حَرَامٌ أو اقْتِطَاعُ مَالٍ بِغَيْرِ حَقٍّ »[(٢)].

٣- وقال ﷺ: «إنما يتجالس المتجالسان بالأمانة ولا يحل لأحدهما أن يفشي على صاحبه ما يكره»[(٣)].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

دلت هذه الأحاديث بمنطوقها ومفهومها على حرمة إفشاء الأسرار بعمومها، والمراد أن حسن المجالس وشرفها بأمانة حاضرها لما يحصل في المجالس ويقع من الأقوال والأفعال ، فكأن المعنى ليكن صاحب المجلس أمينا لما يسمعه أو يراه. أو أن المجالس الحسنة إنما هي المصحوبة بالأمانة أي كتمان ما يقع فيها من التفاوض في الأسرار فلا يحل لأحد من أهل المجلس أن يفشي على صاحبه

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٨/٤) كتاب الأدب، باب: في نقل الحديث، حديث رقم (٤٨٧٠)، وأحمد (٣٢٤/٣).

(٢) أخرجه ابن المبارك في الزهد (٦٩١)، والبيهقي في شعب الإيمان (١١١٩٠) عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مرسلًا وقال البيهقي مرسل جيد.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٦٨/٤) كتاب الأدب، باب: في نقل الحديث، رقم (٤٨٧١)، وأحمد (٣٤٢/٣) من حديث جابر.

ما يكره إفشاءه قال ابن الأثير: (هذا ندب إلى ترك إعادة ما يجري في المجلس من قول أو فعل فكأن ذلك أمانة عند من سمعه أو رآه[١]). يعني: جميع المجالس ما وقع فيها من الأقوال والأفعال مجالس بالأمانات على أهلها دون الخيانة، فلا يجوز إظهار ما فيها وإفشاؤه بين الناس[٢].

وقد قيل لبعض الأدباء: كيف حفظك للسر؟ قال «أنا قبره»[٣].

وقيل – أيضًا-: صدور الأحرار قبور الأسرار[٤].

وقيل: إن قلب الأحمق في فيه، ولسان العاقل في قلبه[٥]. أي: لا يستطيع الأحمق إخفاء ما في نفسه فيبديه من حيث لا يدري به فمن هنا يجب مقاطعة الحمقى والتوقي عن صحبتهم بل عن مشاهدتهم.

وقد قيل لآخر: كيف كتمانك للسر؟ قال: أجحد المخبر، وأحلف للمستخبر[٦].

وقال العباس لابنه عبد الله: «إني أرى هذا الرجل – يعني: عمر – رضي الله عنه – يقدمك على الأشياخ، فاحفظ عني خمسًا: لا تفشين له سرًّا، ولا تغتابن عنده أحدًا، ولا تجربن عليه كذبًا، ولا تعصين له أمرًا، ولا يطلعن منك على خيانة»، فقال الشعبي: (كل كلمة من هذه الخمس خير من ألف)[٧].

---

(١) ينظر: النهاية (١٦٦/١)، وعون المعبود (١٤٨/١٣)، وفيض القدير (٥٦٩/٢).
(٢) بريقة محمودية وبهامشه الوسيلة الأحمدية، والذريعة السرمدية (٢٢٢/٣).
(٣) مجلة المنار، محمد رشيد بن علي رضا، وغيره (٤٢٢/٢).
(٤) مشكاة الأنوار ومصفاة الأسرار، للغزالي، ص (١١٧)، وغرر الخصائص الواضحة، لأبي إسحق برهان الدين، المعروف (بالوطواط)، ص (٢٤٩).
(٥) شرح نهج البلاغة، لابن أبي الحديد (٥١١٩/١).
(٦) الأمالي في لغة العرب، لأبي علي إسماعيل بن القاسم القالي البغدادي (١٧٩/٢)، والتذكرة الحمدونية، لابن حمدون، ص (٣٢٦)، والعقد الفريد، ص (١٩).
(٧) شرح نهج البلاغة، ابن أبي الحديد (١٧٦٩/١).

وعبر عن ذلك ابن المعتز فقال[1]:

ومستودعى سرًّا تبوأت كتمه فأودعته صدري فصار له قبرًا

وقال ذو النون: (لا خير في صحبة من لا يحب أن يراك إلا معصومًا، ومن أفشى السر عند الغضب، فهو اللئيم؛ لأن إخفاءه عند الرضا تقتضيه الطباع السليمة كلها)[2].

والسر الطبي يعد ضرباً من الضروب الواجب الحفاظ عليها من قبل الطبيب وإفشاء ذلك يعد محرماً تحريماً قطعياً في دلالته ومفهومه كما سيأتي في المطلب التالي.

المطلب الثالث: حكم إفشاء السر في الشريعة الإسلامية

يعد الحفاظ على الأسرار وعدم إفشائها من الواجبات الشرعية، وإفشاؤها يعد من المحرمات التي تورد الإنسان مورد الهلكة ومن الأدلة على ذلك كما جاء في الكتاب والسنة ما يلي:

أولًا: الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨].

وقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ ﴾ [المؤمنون: ٨].

وقوله تعالى: ﴿ إِنَّا عَرَضۡنَا ٱلۡأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ وَٱلۡجِبَالِ فَأَبَيۡنَ أَن يَحۡمِلۡنَهَا وَأَشۡفَقۡنَ مِنۡهَا وَحَمَلَهَا ٱلۡإِنسَٰنُۖ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومٗا جَهُولٗا ﴾ [الأحزاب: ٧٢].

---

(١) مجلة المنار، محمد رشيد بن علي رضا (٤٢٢/٢).

(٢) ينظر: السابق.

وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمۡ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ﴾ [الأنفال: ٢٧].

وجه الدلالة من هذه الآيات:

دلت هذه الآيات على حرمة خيانة الأمانة وهي عامة تشمل جميع الأمانات ومنها الأسرار، التي يكون أداؤها بالحفاظ عليها وعدم إفشائها، يقول الإمام الفخر الرازي: «ويدخل في هذه الآية جميع الأمانات ومنها أن لا يفشي على الناس عيوبهم»(١).

ويقول الإمام القرطبي: «فالآية بنظمها شامل لكل أمانة، وهي أعداد كثيرة، فالأمانة في كل شيء»(٢)؛ فالتفريط في أداء الأمانة وعدم حفظها يعتبر خيانة.

قال أبو عبيد: «الخيانة تدخل في أشياء كثيرة سوى الخيانة في المال، منها أن يؤتمن على فرج فلا يؤدي فيه الأمانة، وكذلك إن استودع سرًا يكون إن أفشاه فيه عطب المستودع أو يشينه»(٣).

ثانيًا: أدلة السنة الشريفة:

ورد في السنة الشريفة الكثير من الأحاديث النبوية الدالة على تحريم جريمة خيانة إفشاء الأسرار. وهي على النحو الآتي:

١- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ قَالَ: قَالَ رسولُ اللهِ ﷺ: «أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»(٤).

---

(١) مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير، للإمام فخر الدين الرازي (٩/٢٦٠).

(٢) الجامع لأحكام القرآن، للإمام القرطبي (٥/٢٥٧).

(٣) غريب الحديث، لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي (١/٢٩٠)، وغريب الحديث، لابن الأثير (١/٧١).

(٤) أخرجه أبو داود (٣/٢٩٠) كتاب البيوع، باب: في الرجل يجد عين ماله عند رجل، حديث (٣٥٣٥)، والترمذي (٣/٥٦٤) كتاب البيوع، باب: (٣٨)، حديث (١٢٦٤) والحاكم

وجه الدلالة من هذا الحديث:

دل هذا الحديث بدلالة الأمر على أداء الأمانة، ودلالة الأمر للوجوب، ونهى عن الخيانة حتى ولو كانت مقابل خيانة سابقة، ولما كانت أسرار الغير من قبيل الأمانات، وجب أداؤها بالحفاظ عليها وعدم إفشائها[1].

٢- وعَنْه أيضا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: «ثَلاثٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ، فَهُوَ مُنَافِقٌ زَادَ إِبْرَاهِيمُ: وَإِنْ صَامَ وَصَلَّى وَزَعَمَ أَنَّهُ مُسْلِمٌ، قَالا جَمِيعًا: مَنْ إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ»[2].

وجه الدلالة من هذا الحديث:

دل هذا الحديث على أن إخلاف الوعد قد عده النبي ﷺ من خصال المنافقين وصفاتهم، والنفاق مذموم شرعًا؛ وعلى هذا يكون إفشاء السر من إخلاف الوعد المحرم، فيكون الوفاء به واجبًا[3].

وفي هذا يقول الإمام الغزالي في الإحياء: «إفشاء السر خيانة وهو حرام

(٤٦/٢)، والدارمي (٢٦٤/٢)، والخرائطي في مكارم الأخلاق (٣٠) كلهم من طريق طلق بن غنام عن شريك وقيس عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعًا.
وقال الترمذي: حديث حسن غريب.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.
وقد استنكر أبو حاتم الرازي هذا الحديث فقال ابنه في «العلل» (٣٧٥/١) رقم (١١١٤): وسمعت أبي يقول: طلق بن غنام هو ابن عم حفص بن غياث روى حديثًا منكرًا عن شريك وقيس عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» قال أبي: ولم يرو هذا الحديث غيره.

(١) ينظر: فتح الباري (٨٠/١١)، وسبل السلام (١٩٨/٤، ١٩٩).

(٢) أخرجه مسلم كتاب الإيمان، باب: بيان خصال المنافق (٥٩/١٠٧)، (٥٩/١١٠).

(٣) الفروق، للقرافي (٢٠/٤)، وشرح صحيح مسلم، النووي (٢٣٥/٢).

إذا كان فيه إضرار، ولؤم إن لم يكن فيه إضرار»[١].

وقال ابن مفلح: «لا يجوز الاستماع إلى كلام قوم يتشاورون، ويجب حفظ سر من يلتفت في حديثه حذرا من إشاعته؛ لأنه كالمستودع»[٢].

وقال العز بن عبد السلام: «الستر على الناس شيمة الأولياء، ويجوز إفشاء السر إذا تضمن مصلحة أو دفع ضرر، وقد كشف يوسف عليه السلام سر المرأة التي راودته فقال تعالى على لسان يوسف عليه السلام: ﴿هِيَ رَٰوَدَتۡنِي عَن نَّفۡسِيۚ﴾ [يوسف: ٢٦] ليدفع عن نفسه ما قد يتعرض له من قتل أو عقوبة»[٣].

وقال ابن مفلح «يحرم تحدثه - يعني غاسل الميت- وتحدّث طبيب وغيرهما بعيب»[٤].

ويستثنى من ذلك إذا كان الإفشاء للسر أوجب بأن يتضمّن درء مفسدة عامّة أو جلب مصلحة عامّة؛ أو يتضمن ضررًا يلحق بفرد ضررًا أكبر من ضرر صاحب السر[٥].

وقد عد الذهبي وابن حجر الهيتمي الخيانة من الكبائر، ثم قال: الخيانة قبيحة في كل شيء، لكن بعضها أشد وأقبح من بعض، إذ من خانك في فلس ليس كمن خانك في أهلك[٦].

٣- عن أنس: ما خطب نبي الله ﷺإلا قال: «لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا

(١) إحياء علوم الدين، للإمام الغزالي (٩٣/٣).
(٢) ينظر: الآداب الشرعية (٢٥٧/٢)، وغذاء الألباب شرح منظومة الآداب (٢٦٤/١).
(٣) شجرة المعارف والأحوال، ص(٣٨٩)، باختصار.
(٤) ينظر: الفروع (٢١٧/٢).
(٥) ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم (٧٩) في ١٤١٤/١/٧هـ.
(٦) الزواجر (٢٤٨/١، ٢٤٩)، وتفسير القرطبي (٣٩٥/٧)، والكبائر، للذهبي، ص(١٠٨).

دين لمن لا عهد له»[1].

وجه الدلالة من الحديث:

دل هذا الحديث بمنطوقه ومفهومه على أن الأمانة من الإيمان وهي لبه وفحواه؛ فأسلوب القصر الذي استخدمه أنس - رضي الله عنه - والذي أفادته عبارته (ما خطب نبي الله ﷺ إلا قال) يدل على تلازم هاتين الوصيتين مع خطبه ﷺ.

و(جملة القول في هذا الحديث أن الأمانة والعهد يرجعان إلى طاعة الله - عز وجل - في أداء حقوقه وحقوق عباده كأنه لا إيمان ولا دين لمن لا يفي بعهد الله بعد ميثاقه، ولا يؤدى أمانته بعد حملها وهي التكاليف من أمر ونهي)[2].

٤- روى ثابت عن أنس - رضي الله عنهما - قال: أتى عَلَيَّ رسول الله ﷺ وأنا ألعب مع الغلمان. قال: فسلَّم علينا فبعثني إلى حاجة فأبطأت على أمي فلما جئت، قالت ما حبسك؟ قلت: بعثني رسول الله ﷺ لحاجة قالت: وما حاجته؟ قلت إنها سرٌّ. قالت: لا تُحَدِّثن بسرِّ رسول الله ﷺ أحدًا. قال أنس: والله لو حدَّثت به أحدًا لحدثتك يا ثابت»[3].

وفي رواية أخرى: عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: أسرَّ إليَّ نبي الله ﷺ سرًّا. فما أخبرت به أحدًا بعد. ولقد سألتني عنه أم سليم. فما أخبرتها به[4].

وجه الدلالة من الحديث:

يدل هذا الحديث بروايتيه السابقتين على أن السِّر أمانة يجب حفظها

(١) أخرجه أحمد (١٥٤/٣) من حديث أنس.
(٢) الفتح الرباني (١١٨/١٤).
(٣) أخرجه مسلم (١٩٢٩/٤) كتاب الفضائل، باب: فضائل أنس (٢٤٨٢/١٤٥).
(٤) المصدر السابق رقم (٢٤٨٢/١٤٦).

ويحرم إفشاؤها؛ لأن حفظ الأسرار وعدم إفشائها من الآداب التي يجب على المسلم الالتزام والمحافظة عليها[1].

كل ما سبق من الأدلة يدل على تحريم إفشاء الأسرار وأنه من الخيانة المحرمة.

ثالثاً: الآثار:

عن أبي الدرداء: من سمع من رجل حديثا لا يشتهي أن يذكر عنه فهو أمانة وإن لم يستكتمه[2].

إذا فهم السامع من المحدث أنه لا يشتهى أن يذكر عنه هذا الحديث فهو أمانة لا ينبغي أن يذكره لأحد وإن لم يأمره بالكتمان[3] وهذا مما يحفظ على المسلمين أسرارهم ويستديم ودهم.

(١) المسئولية الناشئة عن الضرر الأدبي، ص(٤٥٤)، وأسباب الإباحة في الاعتداء على جرائم الشرف (٤٣٠/٢).

(٢) أخرجه أحمد (٤٤٥/٦)، وأبو نعيم في الحلية (٣٥٩/٣).

(٣) الفتح الرباني (٩٣/١٩).

المبحث الثاني:
ضوابط جواز إفشاء السر الطبي والمواضع التي يباح فيها إفشاؤه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التبليغ عن الأمراض المعدية

المطلب الثاني: التبليغ عن المواليد والوفيات

المطلب الثالث: التبليغ لمنع وقوع الجريمة

المطلب الأول: التبليغ عن الأمراض المعدية

يعتبر التبليغ أحد أهم العناصر الأساسية في المراقبة الوبائية للأمراض المعدية والتي تعتبر الركيزة الأولى للمكافحة والوقاية من الأمراض المعدية.

وهي تعد استثناء وارداً على الإطار العام للشريعة الإسلامية الآمرة بالحفاظ على الأسرار وعدم إفشائها ومن ثم أقر النبي ﷺ إفشاء الأسرار للوقاية من العدوى[1] ومن ذلك ما جاءت به السنة النبوية المطهرة فيما رواه أَبو هُرَيْرَةَ، يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لا عَدْوَى وَلا طِيَرَةَ، وَلا هَامَةَ، وَلا صَفَرَ، وَفِرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ كَمَا تَفِرُّ مِنَ الأَسَدِ»[2].

(١) أسباب الإباحة في جرائم الاعتداء على الشرف، د. مرسي عباس أحمد (٤٧٣/٢).

(٢) البخاري معلقًا (١٥٨/١٠) في الطب، باب: الجذام (٥٧١٧، ٥٧٥٧، ٥٧٥٩، ٥٧٧٠، ٥٧٧٣، ٥٧٧٥)، وقال الحافظ في الفتح (٣٠٧/١١)، وهو من المعلقات التي لم يصلها

وقد امتنع النبى ﷺ من الإذن لمجذوم بالدخول عليه فعن عمرو بن الشريد عن أبيه قال: «كان في وفد ثقيف رجل مجذوم، فأرسل إليه النبي ﷺ، وهو على الباب «إنا قد بايعناك فارجع»[١].

وكذا ورد النهي عن إدامة النظر إلى المجذوم فعن ابن عباس أن النبى ﷺ قال: «لا تديموا النظر إلى المجذومين»[٢].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

دلت هذه الأحاديث بمنطوقها ومفهومها على وجوب الفرار من المريض الذي به مرض معدٍ، وذلك يستوجب إفشاء سره حتى لا يسري في المجتمع وقاية له[٣].

فهذا المجذوم قد أرسل إليه النبي ﷺ بالبيعة، ولم يأذن بدخوله على الناس، بل أرسل إليه: إنا قد بايعناك، وهذا يدل على أن النبي ﷺ قد عمل على تجنيب أصحاب الأمراض المعدية الاختلاط بالناس؛ لئلا يكون هذا سبباً في العدوى وانتشار المرض.

وكذا نهى النبى ﷺ عن إدامة النظر إلى المجذومين « ذلك لأن الطبيعة نقالة فإذا أدام النظر إلى المجذوم خيف عليه أن يصيبه ذلك بنقل الطبيعة »[٤]. وكل ذلك بسبب كثرة المخالطة وطول المجالسة؛ ولهذا يأمر الأطباء بترك

في موضع آخر. وقد جزم أبو نعيم أنه أخرجه عنه (أي عن عفان بن مسلم الصفار) بلا رواية، وعلى طريقة ابن الصلاح يكون موصولًا، وقد وصله أبو نعيم.

(١) أخرجه مسلم (١٧٥٢/٤) كتاب السلام، باب: اجتناب المجزوم، رقم (٢٢٣١/١٢٦).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١١٧٢/٢) كتاب الطب، باب: الجزام، حديث (٣٥٤٣).

(٣) أسباب الإباحة في جرائم الاعتداء على الشرف، د. مرسي عباس أحمد (٤٧٣/٢، ٤٧٤).

(٤) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية، لابن القيم، ص(٢٩٢، ٢٩٣).

المخالطة له[1].

والمقصود من وراء ذلك هو حفظ هذه النفس وخصوصاً المجموع منها وذلك فيه إقامة لأصلها الذي يعد المحور الذي تدور عليه عمارة الأرض، ويتحقق به معنى الاستخلاف فيها.

وعلى ذلك يجوز الإبلاغ عن الأمراض المعدية؛ لوجود المصلحة الشرعية الراجحة، وهي حفظ النفوس وحفظ الأرواح من التلف أفرادًا وجماعات، لأن العالم مركب من أفراد الإنسان، وفي كل نفس خصائصها التي بها بعض قوام العالم. وليس المراد حفظها بالقصاص فحسب. بل حفظها عن التلف قبل وقوعه، مثل مقاومة الأمراض السارية؛ وقد منع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الجيش من دخول الشام لأجل طاعون عمواس[2][3]، ولا ريب أن الحفاظ على النفس من مقاصد الشريعة، وعليه فالتبليغ عن حالات الأمراض المعدية أمر أوجبه الإسلام تماشياً مع مقاصده الشرعية.

المطلب الثاني: التبليغ عن المواليد والوفيات

حظي القرآن الكريم والسنة النبوية بالاهتمام بالمولود منذ النشأة، وقد جعل الله الناس شعوبا وقبائل وحثهم على التعارف قال تعالى: ﴿وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ﴾ [الحجرات: ١٣].

قال ابن عبد البر في الإنباه على قبائل الرواة: «وفيه دليل واضح على تعلم

(١) ينظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر (٤٧/١٣).
(٢) أخرجه البخاري (٣٣٣/١١) كتاب الطب، باب: ما يذكر في الطاعون، حديث (٥٧٣٠)، ومسلم (١٧٣٩/٤) كتاب السلام، باب: الطاعون، حديث (٢٢١٩/١٠٠).
(٣) مقاصد الشريعة، لابن عاشور، ص(٢٢١) بتصرف.

الأنساب»[١].

وقال أيضا: «فإنه علم لا يليق جهله بذوي الهمم والآداب لما فيه من صلة الأرحام»[٢].

قال ابن حزم: «إن علم النسب علم جليل رفيع، إذ به يكون التعارف»[٣].

ولا يعرف النسب إلا بالإعلان ولأجل هذا جاءت السنة النبوية معلنة مظهرا من مظاهر هذا الإعلان فشرعته وجعلته من المباحات[٤] أو المندوبات[٥] أو الواجبات[٦] على ما قرره بعض المذاهب الإسلامية فشرعت للمولود العقيقة فيما روى سَمُرَة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «كُلُّ غُلَامٍ مُرْتَهَنٌ بِعَقِيقَتِهِ، تُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ، وَيُحْلَقُ، ويُسَمَّى»[٧].

---

(١) ينظر: الإنباه على قبائل الرواة، ص(١٥).

(٢) الإنباه على قبائل الرواة، ص(١١).

(٣) جمهرة أنساب العرب، ص(٢)

(٤) بدائع الصنائع (٦٩/٥)، وحاشية ابن عابدين (٣٢٦/٦).

(٥) ينظر: شرح الزرقاني (١٣٠/٣)، والمهذب (٢٤١/١)، ومغني المحتاج (٢٩٣/٤)، والمغني لابن قدامه (٣٦٢/٩).

(٦) ينظر: المحلى، لابن حزم (٥٢٦/٧).

(٧) أخرجه أبو داود الطيالسي (٢٣١/٢) كتاب العقيقة، باب: ما جاء في العقيقة، حديث (٢٠١٧)، وأحمد (١٧/٥)، والدارمي (٨١/٢) كتاب الأضاحي، باب: السنة في العقيقة، وأبو داود (٢٥٩/٣، ٢٦٠) كتاب الأضاحي، باب: في العقيقة، حديث (٢٨٣٧، ٢٨٣٨)، والترمذي (١٠١/٤) كتاب الأضاحي، باب: في العقيقة، حديث (١٥٢٢)، والنسائي (١٦٦/٧) كتاب العقيقة، باب: متى يعق، وابن ماجه (١٠٥٦/٢، ١٠٥٧) كتاب الذبائح، باب: العقيقة، حديث (٣١٦٥)، وابن الجارود في المنتقى، ص(٣٠٥) باب: ما جاء في العقيقة، حديث (٩١٠)، والطحاوي في مشكل الآثار (٤٥٣/١، ٤٥٤)، والحاكم (٢٣٧/٤) كتاب الذبائح، باب: الغلام مرتهن بعقيقته والبيهقي (٣٠٣/٩) كتاب الضحايا، باب: لا يمس الصبي بشيء من دمها، وأبو نعيم (١٩١/٦)، والطبراني في المعجم الكبير

وعن سَلْمَانَ بْن عَامِرٍ الضَّبِّيّ، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: مَعَ الْغُلَامِ عَقِيقَةٌ، فَأَهْرِيقُوا عَنْهُ دَمًا، وَأَمِيطُوا عَنْهُ الأَذَى»[1].

وجه الدلالة من هذين الحديثين:

دل هذان الحديثان على مشروعية العقيقة والإعلان والإخبار بأن هذا الشخص قد رزق مولودًا وسماه كذا فيظهر ذلك بين الناس من الأهل والجيران والأصدقاء فيقدم هؤلاء لتهنئته وحضور عقيقته مما يؤدي إلى زيادة روابط الألفة والمودة بين المسلمين.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم»[2].

وجه الدلالة من هذا الحديث:

دل هذا الحديث بمفهومه على أهمية معرفة الأنساب التي بها يتحقق ضبط سجلات المواليد.

ولهذا كله يعد التبليغ عن المواليد من الأمور التي حث الشارع عليها، وليس من باب إفشاء الأسرار إذ تتفق مع المقاصد الشرعية الدائرة على المصلحة العامة، وقد كان العرب يعرفون الأنساب ويحرصون عليها كسبا للقلوب وصلة

(٢٤٣/٧) رقم (٦٨٢٧، ٦٨٣٢)، وابن عبد البر في التمهيد (٣٠٧/٤)، من حديث الحسن عن سمرة.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

(١) أخرجه البخاري (٥٩٠/٩) كتاب العقيقة، باب: إماطة الأذى عن الصبي في العقيقة (٥٤٧١، ٥٤٧٢)، وأبو داود (٢٨٣٩)، وأحمد في المسند (١٧/٤، ١٨)، وعبد الرزاق في المصنف (٧٩٥٨)، والترمذي (١٥١٤)، قال: حسن صحيح.

(٢) أخرجه أحمد (٣٧٤/٢)، والترمذي (٣٥١/٤) كتاب البر والصلة، باب ما جاء في تعليم النسب، حديث (١٩٧٩). وهو صحيح.

للأرحام التي تربطهم من مصاهرة أو قربى وإن بعدت

أما التبليغ عن الوفيات فقد حث الإسلام على ذلك فيما رواه الإمام البخاري وغيره من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في قِصَّةِ المَرْأَةِ التِي كانَتْ تَقُمُّ المَسْجِدَ، فَسَأَلَ عَنْهَا النَّبِيُّ ﷺ فَقالُوا: مَاتَتْ، فَقَالَ: «أَفَلاَ كُنْتُمْ آذَنْتُمُونِي؟! فَكَأَنَّهُمْ صَغَّرُوا أَمْرَهَا، فَقَالَ: «دُلُّونِي عَلَى قَبْرِهَا» فَدَلُّوهُ، فَصَلَّى عَلَيْهَا»[1].

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَعَى النَّجَاشِيَّ فِي الْيَوْمِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ، وَخَرَجَ بِهِمْ إِلَى المُصَلَّى، فَصَفَّ بِهِمْ، وَكَبَّرَ عَلَيْهِ أَرْبَعًا»[2].

كل هذا منه ﷺ إقرار لضبط الوفيات كما تقرر ذلك في المواليد.

المطلب الثالث: التبليغ لمنع وقوع الجريمة

يعتبر التبليغ عن الجرائم من الحقوق الأساسية للإنسان التي كفلتها المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، بل إن هذا الحق يرقى إلى مصاف الواجب في كثير من الأحيان، وذلك عند ممارسته من قبل الموظفين العموميين؛ إذ قد يحول التبليغ عن الجريمة في كثير من الأحيان دون وقوعها، وكذلك تفادي النتائج الخطيرة التي قد تنجم عنها، الأمر الذي يسهم في بناء الثقة والطمأنينة في المجتمع، ويؤدي إلى تعزيز مشاركة الأفراد بشكل خاص والمجتمع بشكل عام في مكافحة الإجرام بشتى صوره، ومعاونة السلطات العامة في القيام بواجباتها على هذا الصعيد، ولذلك أوجبت الشريعة الإسلامية على الشخص أن يقوم بإفشاء

(١) أخرجه البخاري (٢٠٤/٣) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر بعدما يدفن الميت (١٣٣٧)، ومسلم (٦٥٩/٢) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر (٩٥٦/٧١).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٢/٣) كتاب الجنائز، باب: التكبير على الجنازة أربعا، الحديث (١٣٣٣)، ومسلم (٦٥٦/٢) كتاب الجنائز، باب: التكبير على الجنازة، الحديث (٩٥١/٦٢).

سر لديه لمنع وقوع جريمة، وذلك وفقا لما جاءت به السنة النبوية المطهرة والقواعد الفقهية على النحو التالي:

أولًا: السنة النبوية:

روى أبو هريرة - رضي الله عنه - قال رسول اللَّهِ ﷺ: «الْمَجَالِسُ بِالْأَمَانَةِ إلا ثَلَاثَةَ مَجَالِسَ: سَفْكُ دَمٍ حَرَامٍ أو فَرْجٌ حَرَامٌ أو اقْتِطَاعُ مَالٍ بِغَيْرِ حَقٍّ»(١).

وجه الدلالة من هذا الحديث:

دل هذا الحديث بمفهومه على استثناء سفك الدم الحرام من حفظ الأسرار؛ فإذا كان هناك شخص سوف يرتكب جريمة قتل، أو جريمة زنا، أو جريمة سرقة، فعند ذلك يجب إفشاء السر(٢).

ثانيًا: القواعد الفقهية:

دلت القواعد الفقهية على جواز الإبلاغ عن الجرائم قبل وقوعها على النحو التالي:

١- «**الضرر يزال**»(٣).

وتعد هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تعد أصلًا من أصول إزالة الضرر، وإذا كان الضرر ممنوعًا ومنهيًّا عنه؛ كان لا بد من رفعه وإزالته، إذ بقاء الجريمة ضرر وجب إزالته وفي سبيل تحقيق تلك الغاية شرع التبليغ عن الجرائم قبل وقوعها(٤).

فالقاعدة الفقهية تأمر بالإبلاغ، فإن أمثل الطرق وأصوبها في منع وقوع

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) المسئولية المدنية الناشئة عن الضرر الأدبي، د. أسامة السيد عبد السميع ص(٤٦٠).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر، للإمام جلال الدين السيوطي، ص(١١٤).

(٤) ينظر: الضرر الأدبي، د. عبد الله مبروك النجار، فقرة (٣٩٥)، ص(٤٠٠).

الجريمة هو الإبلاغ عنها للسلطات المختصة[١].

٢- «**إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما**»[٢].

ويفهم من هذه القاعدة أنه إذا تعارضت الأضرار فإنه يرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد، ويكون الضرر الأخف في هذه الحالة مباحا لا يترتب عليه الضمان[٣].

ولا ريب أن تحكيم هذه القواعد الشرعية لا يؤدي إلى إباحة الإبلاغ عن الجرائم قبل وقوعها فحسب، بل يحتم فرضها بالإبلاغ عنها، تحقيقًا لمصالح الأمة والدولة، ودرءًا للمفاسد والأضرار والأخطار عنها.

٣- «**درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة**»[٤]:

وفي عدم الإبلاغ عن الجرائم مفسدة تطغى على مصالح المجتمع وأمنه؛ لأنه يؤدي إلى هلاك المجتمع

ولا شك أن جلب المصلحة في هذه الحالة يتمثل في الإبلاغ، وحماية المجتمع.

(١) حاشية ابن عابدين (٥١٢/٤).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص (٨٩)، وبريقة محمودية (٢٦٢/١)، وأنوار البروق في أنواء الفروق (٢١١/١)، والمنثور في القواعد للزركشي (٣٤٨/١)، والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٨٧).

(٣) ينظر: ضمان الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون، ص (١٩٦).

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطى، ص(٩٧)، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص(٩٠).

المبحث الثالث:
الرضا وأثره في إفشاء الأسرار الطبية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الرضا في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: شروط الرضا في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: الرضا في إفشاء الأسرار.

المطلب الأول: مفهوم الرضا في اللغة والاصطلاح.

تعريف الرضا في اللغة:

الرضا خلاف السخط[1]، وهو مصدر معناه: طيب النفس وارتياحها، أو الاختيار، وفي ذلك يقول ابن الأثير: «الرضا صفة نفسية قائمة بالقلب»؛ ومن ثم فهو اسم لمطلق الماهية[2].

والناظر في معاني الرضا يرى أن الرضا في اللغة هو الاختيار والقبول لمن هو أهل للأمر.

تعريف الرضا في الاصطلاح:

(١) المعجم الوجيز، ص (٢٦٧) بتصرف، مختار الصحاح ص (٢٤٦)، والتعريفات للجرجاني، ص (٨١).

(٢) لسان العرب (١٦٦٣/٣).

يقصد بالرضا عند الفقهاء الاختيار، وعرَّفه الإمام البزدوي من الحنفية بقوله: ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه وتستحسنه[١].

وعرَّفه بعض العلماء المعاصرين بقوله: ما يتجه إليه الإنسان ويختاره بإرادته الحرَّة[٢].

فالرضا: يستعمل في القصد إلى الشيء مع الرغبة في آثاره»[٣].

وقيل: إيثار الشيء واستحسانه[٤].

المطلب الثاني: شروط الرضا في الفقه الإسلامي.

حتى يكون الرضا منتجا لآثاره فقد اشترط الفقهاء له شروطا يمكن بيانها على النحو التالي:

---

(١) كشف الأسرار (١٥٠٢/٤).

(٢) التعسُّف في استعمال حق النشر، أ.د. عبد الله مبروك النجار، ص(٣٩١).

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي بمصر وزارة الأوقاف (١٠٣/٤)، «اختيار»، وجاء في الموسوعة الفقهية بالكويت أن الاختيار هو: القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر.
وعند الحنفية: يفرِّق الحنفية دون غيرهم بين الاختيار والرضا، وإذا كان الاختيار كما تقدم ترجيح أحد الجانبين على الآخر فإن الرضا هو: الانشراح النفسي وتلازم بينهما بوجه عام. فقد يختار المرء أمرًا لا يرضاه. ويظهر هذا التفريق عندهم – أي الحنفية – في مسائل الإكراه. فالإكراه غير الملجئ – كالضرب المحتمل والقيد ونحوهما – يفيد الرضا ولكنه لا يفيد الاختيار.
أما الإكراه الملجئ فيعدم الرضا ويفسد الاختيار.
الموسوعة الفقهية بالكويت (٣١٦/٢) «اختيار» ويراجع الموسوعة الفقهية بمصر (١٠٣/٤، ١٠٤).

(٤) رد المحتار، للعلامة ابن عابدين (٧/٤)، والتلويح على التوضيح (١٩٥/٢).

١- أن يكون الرضا عن حرية وإدراك[١]:

الرضا يعني الحرية في اتخاذ القرار والحرية في اختياره، ووجود أي نوع من أنواع الإكراه - مادي أو معنوي - ينفى هذه الحرية في اتخاذ القرار أو اختياره مما ينعدم معه الرضا، ومناط الإكراه هو انتزاع إرادة المكرَه على خلاف ما يريد من حيث الحقيقة والواقع، فالإكراه من عيوب الرضا ويترتب عليه فساد التصرفات، ولما كان العقد الطبي يقوم على الثقة المتبادلة بين الطبيب والمريض، خاصة أن شخصية الطبيب وأمانته محل اعتبار كان الإكراه من مفسداته.

٢- أن يكون الرضا صريحًا[٢]:

وبناء على ذلك فإنه لا يمكن أن يستخلص هذا الرضا من الوقائع استنتاجًا أو يفهم ضمنًا، فحتى يكون الرضا مانعًا من موانع المسؤولية، فلا بد أن يكون صريحًا لا لبس فيه فلا يعتد بالرضا الضمني الناتج عن السكوت. فمن الجائز أن يكون السكوت ناتجا عن الخوف والاستسلام[٣].

فيستوي في ذلك أن يكون صادرا شفاهة أو كتابة أو ضمنيا، عملًا بما يجري به العرف في بعض البلدان الإسلامية من اصطحاب المريض للبعض أثناء

---

(١) التعسُّف في استعمال حق النشر. أد/عبد الله النجار، ص (٣٧١)، التزامات الطبيب في العمل الطبي، أ.د. علي حسين نجيده، ص(٢٠٥،٢٠٦)، والسر الطبي، د. عبد السلام الترمانيني، ص(٤٥)، والمسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، د. أسامة قايد، ص(٧٣).

(٢) التزامات الطبيب في العمل الطبي، أ.د. علي حسين نجيده، ص(٢٠٦)، والتعسُّف في استعمال حق النشر. أ.د.عبد الله النجار، ص(٣٧١)، والسر الطبي، د. عبد السلام الترمانيني، ص(٤٥)، والمسؤولية الجنائية، للطبيب، د. أسامة قايد، ص(٧٣).

(٣) التعسُّف في استعمال حق النشر، أ.د. عبد الله النجار، ص(٣٧٢)، والمسؤولية الجنائية، ص(٧٣).

زيارته للطبيب مما يدل عن رضائه باطلاعهم على حقيقة مرضه[١].

٣- صحة الرضا:

يشترط في الرضا المانع من المسؤولية أن يصدر من شخص يتمتع بالإرادة المميزة التي تصلح مناطًا للاعتداد بها، فإن لم تكن كذلك، فهي عديمة القيمة، فلا يعتد بالرضاء أو بالإذن الصادر عن مجنون أو عن قاصر. وعلى هذا يلزم لتوافر هذا الشرط أن يكون الإذن صادرًا ممن توافرت فيه شروط الأهلية، فمناط صحة التصرفات صدورها من أهلها، يقول الكاساني: (إن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه، ووجوده شرعا بصدوره من أهله)[٢].

٤- أن يصدر الرضا قبل حدوث الإفشاء[٣]:

يشترط في الرضا أن يكون صادرًا قبل حدوث إفشاء السر والاطلاع عليه حتى يكون صحيحا منتجا لآثاره[٤]؛ فأسبقية الرضا أو مصاحبته للفعل المخالف هي الحالة التي يمكن من خلالها تحويل الفعل غير المشروع إلى فعل مشروع، أما إذا كان الرضا لاحقًا فإن المخالفة تكون قد نشأت وترتبت عليها المسؤولية، وحينئذ لا يمكن لهذا الرضا أن يحول الفعل غير المشروع إلى فعل مشروع.

المطلب الثالث: الرضا في إفشاء الأسرار

الرضا ما هو إلا ترجمة عما في النفس من إرادة والحواس تترجم هذا الرضا وتخرجه في صورة حسية عن طريق اللفظ والإشارة والكتابة، وغيرها من

---

(١) التزامات الطبيب في العمل الطبي، أ.د. علي حسين نجيده، ص(٢٠٣)، وإفشاء سر المهنة الطبية للمستشار محمد ماهر، ص(١٢٤) مجلة القضاء، العدد ٩ سنة ١٩٧٥م.

(٢) ينظر: البدائع (٧/ ١٧٠).

(٣) المسؤولية الجنائية للطبيب، د. أسامة قايد، ص(٧٤).

(٤) المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، د. أسامة قايد، ص(٧٤).

أدوات التعبير عن الإرادة، وكل إنسان يترجم هذا الرضا حسب طاقته وقدرته على التعبير عنه، فالناطق يعبر باللفظ وغيره يعبر بالإشارة أو الكتابة أو الدلالة العرفية والقرائن المعهودة، فإذا توافرت الإرادة السليمة فقد نفذ التصرف، فالرضا شرط جميع التصرفات وهو المعتبر، فاعتبار القصد واتجاه الإرادة إلى إنشاء التصرف من رضا واختيار هو المعول عليه[1].

وقد يشترط الفقه الإسلامي الشكل ليحقق الحماية للمتصرف من ناحيتين: من ناحية يضمن الإجراء التحقق من رضا المتصرف، وأن إرادته قد اتجهت فعلا إلي إبرام هذا التصرف عن تبصر ودراية وقناعة بما ينتجه من آثار، ومن ناحية أخرى فإنه يوفر وسيلة إثبات مسبقة للتصرف تضمن عدم إنكاره وجحوده فيما لو حدث نزاع حوله في المستقبل، وبما أن الرضا أمر داخلي كامن في النفس البشرية، ولا سبيل إلي معرفته وإدراكه من قبل الغير إلا إذا أفصح صاحبه عنه، وأخرجه للواقع الخارجي بأي وسيلة من وسائل التعبير من أعماق النفس البشرية، وهو السبيل إلي إظهارها وتجسيدها في الواقع الخارجي المحسوس.

لذلك كان من الأهمية بمكان الاعتناء بإرادة التعبير، وتوفير الضمانات الكافية لها، وهذا يستلزم أن تكون الإرادة المعبر عنها قادرة على إبرام تصرفات يعتبرها شرعا، وأن يكون صاحبها أهلًا لإبرام التصرفات الشرعية، وأن يكون التعبير صادرًا عن إرادة جادة قاصدة ترتيب الآثار الشرعية للتصرف، كما سبق بيان ذلك وليس لمجرد الهزل ونحوه.

والمتأمل في الفقه الإسلامي يجد أن الاعتبارات التي دعت إلي اشتراط بعض الإجراءات الشكلية، أو إنشاء بعض التصرفات، كانت في الغالب تهدف

(١) ينظر: قواعد الأحكام فى مصالح الأنام، للإمام عز الدين بن عبد السلام (١٢٠/٢، ١٤٣، ١٤٤)، ونظرية العقد، لابن تيمية، ص(١٥٣)، والسيل الجرار، للشوكاني (٧/٣، ٨).

إلي ضمان سلامة رضا المتصرف، والتأكد من أن التعبير جاء مطابقا لإرادته ومجسدا لرضائه، ورغبته في إبرام التصرف عن اقتناع وبصيرة وحرية، وقد يكون الشكل لضمان كفاءة وسيلة التعبير عن الإرادة.

فمبدأ تأثير رضى المجني عليه أمر ثابت في التشريع الإسلامي، فكلما كانت مسؤولية الجاني تجاه المجني عليه من قبيل حق المجني عليه على الجاني، كلما كان رضاء المجني عليه يؤثر في إلغاء أو تخفيف العقوبة. وكلما كانت هذه المسؤولية من قبيل الحكم الشرعي أو من قبيل الحقوق غير القابلة للإسقاط فرضاء المجني عليه لا أثر له والمعيار هنا ما يرضى به الشرع وما يحرّمه.

الخاتمة

الحمد لله منزّل الرحمات، غافر الزلات، المتجاوز عن الهفوات، والذي بفضله تتم الصالحات، فقد انتهينا من هذا البحث، ونسأل الله أن نكون قد أصبنا، وأن تكون الأخطاء محدودة، والزلات معدودة، وقد انتهيت من خلاله إلى نتائج هامة على النحو التالي:

١- أثبت البحث حرص الإسلام على حق الإنسان في خصوصياته، بحيث يستطيع إدارة شؤون حياته الشخصية دون أن تكون مكشوفة للآخرين.

٢- أثبت البحث أن الشريعة الإسلامية قد حافظت على المجتمع وحفظته من كل ما يمس كيانه فجعلت الحفاظ على أسرار الناس - من أهم الآداب في الشريعة الإسلامية.

٣- أثبت البحث أن الحفاظ على الأسرار وعدم إفشائها من الواجبات الشرعية وأن إفشاءها يعد من المحرمات التي تورد الإنسان مورد الهلكة.

٤- أثبت البحث أن التبليغ أحد أهم العناصر الأساسية في المراقبة الوبائية للأمراض المعدية والتي تعتبر الركيزة الأولى للمكافحة والوقاية من الأمراض المعدية.

٥- أثبت البحث أن التبليغ عن الجرائم من الحقوق الأساسية للإنسان التي كفلتها المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، بل إن هذا الحق يرقى إلى مصاف الواجب في كثير من الأحيان.

٦- أثبت البحث أن رضا المريض له تأثير في جواز إفشاء مرضه وهو أمر ثابت في التشريع الإسلامي. ولله الحمد والمنة.

المصادر والمراجع

- أحكام القرآن، للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، طبعة دار الفكر.
- إحياء علوم الدين، للغزالي، دار المعرفة، بيروت.
- الآداب الشرعية والمنح المرعية، محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، عالم الكتب، بيروت.
- أسباب الإباحة في جرائم الاعتداء على الشرف، د. مرسي عباس أحمد، بحث مقدم لنيل درجة العالمية الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، سنة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- الأسرار بين الحفظ والإفشاء وموقف الشريعة الإسلامية، د. إبراهيم عيسى سليمان، مجلة الأزهر ١٩٩٣م. تصدر عن مجمع البحوث الإسلامية في مطلع كل شهر عربي، ربيع الأول ١٤١٤هـ، سبتمبر ١٩٩٣م، السنة السادسة والستون.
- الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- الأشباه والنظائر، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق/ محمد ناصر وزميله، دار السلام، القاهرة، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- إفشاء سر المهنة الطبية للمستشار محمد ماهر، مجلة القضاء، العدد ٩ سنة ١٩٧٥م.
- الأمالي في لغة العرب، لأبي علي إسماعيل بن القاسم القالي البغدادي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م.
- أنوار البروق في أنواع الفروق، أحمد بن إدريس القرافي، عالم الكتب، بيروت.

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية، لأبي سعيد الخادمي، دار إحياء الكتب العربية، ١٣٤٨هـ.
- بصائر ذوي التمييز فى لطائف الكتاب العزيز للفيروز آبادى، تحقيق محمد على النجار، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ط (٢)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- تاج العروس من جواهر القاموس لأبي الفيض محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، دراسة وتحقيق : علي شيري ، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م.
- التذكرة الحمدونية، لابن حمدون، تحقيق: الدكتور إحسان عباس، معهد الإنماء العربي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٩٨٣م.
- التزامات الطبيب في العمل الطبي، أ.د. علي حسين نجيده، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.
- التعريفات، لعلي بن محمد علي الحسيني الجرجاني، دار الفكر، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- التعسُّف في استعمال حق النشر، أد/عبد الله مبروك النجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
- تفسير الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد القرطبي، دار الشعب بالقاهرة.
- التفسير الكبير لمحمّد بن عمر بن الحسين، فخر الدين الرازي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، ط (٣).
- التلويح على شرح التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازانى، ط١، ١٣٢٢هـ، المطبعة الأميرية، القاهرة.

- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبد البر، تحقيق: سعيد أحمد ومحمد الفلاح، قرطبة، القاهرة.
- تهذيب الأسماء واللغات للنووي، تصوير، دار الكتب العلمية، بيروت.
- تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، ١٩٦٧م.
- جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة «الحق في الخصوصية» وعقوبتها في الشريعة والقانون، إعداد: عبد اللطيف هميم محمد، بحث مقدم لنيل درجة التخصص الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- جرائم الصحافة والنشر في ضوء القضاء والفقه، د. عبد الحميد الشواربي، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- جمهرة أنساب العرب، لابن حزم، طبع بمصر ١٩٤٨م.
- حاشية ابن عابدين، لمحمد أمين الشهير بـ«ابن عابدين الدمشقي»، المسماة «رد المحتار على الدر المختار، شرح متن تنوير الأبصار»، طبعة دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، بيروت، ط(٢)، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.
- حث الأخيار على حفظ الأسرار، عبد الإله بن إبراهيم بن داود، دار الصميعي الرياض، ١٤١٦هـ.
- حلية الأولياء، لأحمد بن عبد الله الأصفهاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(١)، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨م.
- حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي دراسة مقارنة، د. ممدوح خليل بحر، دار النهضة العربية سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- الرتبة في طلب الحسبة، للماوردي الشافعي، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، د/أحمد جابر بدران، تحت إشراف أد/علي جمعة، منشورات علاء سرحان، دار الرسالة، القاهرة، ط (١)، سنة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

- زاد المعاد في هدي خير العباد لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزيّة، حقّق نصوصه، وخرّج أحاديثه، وعلّق عليه: شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة- بيروت، ومكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط (٨)، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م.
- الزهد لابن المبارك، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الزواجر عن اقتراف الكبائر، أحمد بن محمد بن على بن حجر الهيتمي، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام لمحمد ابن إسماعيل، الأمير الصنعاني، حقق نصوصه، وخرج أحاديثه، ورقمه، وعلق عليه: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، ط (١)، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
- السر الطبي، د. عبد السلام الترمانيني، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، العدد الثاني، السنة الخامسة.
- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث القاهرة، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
- سنن الدارقطني، للإمام على بن عمر الدارقطني وبذيله التعليق المغني على الدارقطني، طبعة عالم الكتب، بيروت، ط (٤)، ١٤٠٦ هـ-١٩٨٦م.
- سنن الدارمي، للإمام أبى محمد: عبد الله بن عبد الرحمن، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.
- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي وبذيله الجوهر النقي، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٥م.

- سنن النسائي، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق د/ عبد الغفار سليمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- السيل الجرار، للشوكاني، دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ.
- شجرة المعارف والأحوال، العز بن عبد السلام، ومصالح الأقوال والأعمال- تحقيق / إياد خالد الطباع، دار الطباع للطباعة والنشر، دمشق، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٨م.
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، للعالم محمد عبد الباقي الزرقاني، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٩٧٠م.
- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، تحقيق: سليمان بن عبد الله بن حمود أبي الخيل، خالد بن علي بن محمد المشيقح، مؤسسة آسام للنشر، الرياض، السعودية، ط (٣)، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
- شرح صحيح مسلم، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، المطبعة المصرية، القاهرة، دار الحديث القاهرة، ط ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- شرح نهج البلاغة، لابن أبي الحديد، بيروت، ١٣٧٤هـ.
- شعب الإيمان للبيهقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- الصحاح، لإسماعيل بن حماد الجوهري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- صحيح ابن حبان محمد بن حبان أحمد أبو حاتم البستي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- صحيح ابن خزيمة، أبو بكر بن خزيمة النيسابوري، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط (٣)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٧م.

- صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الضرر الأدبي، أ.د. عبد الله مبروك النجار، دار النهضة العربية، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- ضمان الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون، د. عبد الله مبروك النجار، بحث بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد الرابع والعشرون.
- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية للإمام ابن قيم الجوزية، ط دار الكتب العلمية، بيروت.
- العقد الفريد، لأبي عمر أحمد بن محمد بن عبد ربه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط(٣) ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- عون المعبود شرح سنن أبي داود، لأبى الطيب العظيم آبادى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤١٥هـ.
- غذاء الألباب فى شرح منظومة الآداب، محمد بن أحمد بن سالم السفاريني، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط (٢)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- غرر الخصائص الواضحة، أبو إسحق برهان الدين، المعروف (بالوطواط)، دار الكتب المصرية.
- غريب الحديث، لابن قتيبة، عبد الله بن مسلم الدينوري، مطبعة العاني، بغداد، ط (١)، ١٣٩٧هـ.
- غريب الحديث، لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي، بيروت، ط (١)، ١٩٨٦.
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
- فتاوى مجمع الفقه الإسلامي، السِّر في المهن الطبية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد العشرون، السنة الخامسة، رجب، شعبان، رمضان سنة ١٤١٤هـ، يناير، فبراير، مارس سنة ١٩٩٤م.

- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق: الشيخ عبد العزيز بن باز، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد، للشيخ عبد الرحمن الساعاتي، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- الفروق لأبي العباس أحمد بن إدريس، شهاب الدين القرافي المالكي، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ.
- فيض القدير شرح الجامع الصغير للسيوطي، لعبد الرءوف المناوي، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، ط(١)، ١٣٥٧هـ.
- القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- قرارات مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم (٧٩) في ١٤١٤/١/٧هـ.
- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام، للإمام عز الدين بن عبد السلام، دار الجيل، ١٤٠٠هـ.
- الكبائر، للذهبي، بيروت، لبنان.
- كتمان السِّر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، إعداد شريف بن أدول بن إدريس، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة بالجامعة الأردنية، دار النفائس، الأردن، ط (١)، سنة ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، الناشر: دار الكتاب العربي- بيروت، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م.
- الكليات في الطب، للإمام ابن رشد القرطبي، طبع المجلس الأعلى للثقافة، سنة ١٩٨٩م.

- لسان العرب، لمحمد بن أبي بكر بن منظور الأفريقي المصري، ط (١)، دار صادر، بيروت.
- مؤتمر الطب الإسلامي الأول، نشرة الطب الإسلامي الأبحاث وأعمال المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي، تقديم عبد الرحمن عبد الله العوضي، وزارة الصحة العامة، الكويت، العدد الأول، ط (٢)، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.
- ماهية الطب الإسلامي، د. أحمد القاضي، المؤتمر العالمي للطب الإسلامي، الكويت، ١٩٨١م - ١٤٠١هـ.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مؤسسة المعارف، بيروت، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.
- المجموع شرح المهذَّب للشيرازي، لأبي زكريا يحيى بن شرف محيى الدين النّووي الشافعي، حققه، وعلّق عليه، وأكمله: محمد بخيت المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدّة، بدون تاريخ.
- المحلى، لعلي بن أحمد بن حزم، ط دار الجيل، بيروت.
- مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، د. أسامة قايد، دار النهضة العربية سنة ١٩٨٧م.
- المستدرك على الصحيحين، للحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- مسند أبي داود الطيالسي لأبي داود سليمان بن داود بن الجارود الطيالسي البصري، تحقيق محمد بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلاميّة بدار هجر، القاهرة، ط (١)، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط مؤسسة قرطبة، مصر، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- مشكاة الأنوار ومصفاة الأسرار، للغزالي، تحقيق: الشيخ عبد العزيز عز الدين السيروان، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.
- مشكل الآثار، للطحاوي أحمد بن محمد بن سلامة، دائرة المعارف العثمانية، الهند، ط (١)، ١٩٦٤م.
- المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المطبعة الأميرية بمصر، ط (٢)، ١٩٠٩م.
- المعجم الكبير، للطبراني: سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، الناشر: مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- المعجم الوجيز، إخراج: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط مطابع شركة الإعلانات الشرقية، دار التحرير للطبع والنشر، ط(١).
- المعجم الوسيط، قام بإخراج طبعته: إبراهيم أنيس وآخرون، دار الدعوة، إستانبول، ط (٢)، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- المغني، لابن قدامة، أبو محمد بن عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د/ عبد الله التركي، دار عالم الكتب، الرياض، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- مقاصد الشريعة الإسلاميّة لمحمّد الطاهر بن عاشور، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط (٢)، ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م.
- مقاييس اللغة، لابن فارس، تحقيق: عبد السلام هارون، ط (١)، ١٣٦٨ هـ.

- المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله ﷺ، لابن الجارود، دار الجنان، ومؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- المنثور في القواعد الفقهية للإمام الزركشي، تحقيق: د/ تيسير فائق، وزارة الأوقاف بالكويت، ط (٢)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- الموسوعة الطبية الفقهية، أحمد محمد كنعان، موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، تقديم: محمد هيثم الخياط، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط (١)، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- موسوعة الفقه الإسلامي بمصر وزارة الأوقاف، طبعة المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية سنة ١٤١٨هـ،١٩٩٧م.
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.
- نظرية العقد، لابن تيمية، دار المعرفة، بيروت، ١٣١٧هـ.
- النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين المبارك بن محمد بن الأثير الجزري، تحقيق: محمود الطناجي، المكتبة الإسلامية.

٣

توظيف عقد البناء والتشغيل والنقل [B.O.T] في إنشاء وإدارة المرافق العامة

دراسة فقهية

إعداد

د. أحمد الجزار بشناق

أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله

الجامعة الأسمرية اسلامية – ليبيا

١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م

Email: ahmad.bushnaq68@gmail.com

مقدمة

إن الموازنة بين الموقف المالي لخزينة الدولة والمشروعات الواجب تنفيذها في البلد أمر يحتاج إلى دراسة وإعطاء أولوية لشيء دون شيء أو لتأجيل شيء حتى إشعار آخر أو إلغاء بعض المشروعات المدرجة على أجندة الخطة الاستراتيجية لعمل الحكومات بكافة أذرعها المساعدة والمساندة.

ولتنفيذ كافة المشروعات المقيدة وفق برنامج بناء المرافق العامة للدولة والخدمات الأساسية لتيسير حركة المجتمع الطبيعية اليومية فإنه من الممكن أن تتحمل ميزانية الدولة أعباء تثقل كاهلها مما يضطرها إلى الاستدانة من الشركات والبنوك الداخلية أو الخارجية سواء من صندوق النقد الدولي أو من الدول الأخرى؛ وفي كلا الحالين ستكون عوائد ذلك على الدولة سلباً لا إيجاباً لما لا يخفى على أحد معنى الاستدانة الداخلية التي تجر الفوائد الربوية وما إلى ذلك من أمور ، وكذا الاستدانة الخارجية وخاصة من صندوق النقد الدولي الذي سيصبح يتحكم في سياسة البلد داخلياً وخارجياً بل قد يتعدى الأمر ذلك إلى التدخل في نظم القوانين والتشريعات؛ الأمر الذي يفقد البلد هيبتها وكينونتها.

ونظراً إلى أن هذه المشكلة عامة – أي: لا تتعلق ببلد دون بلد – فإن مفكري القانون والاقتصاد عمدوا إلى النظر في القوانين والوسائل التي تتعلق بهذا الأمر وبحثوا في آليات التخفيف من العبء عن ميزانية الدولة أو تحييدها من خلال تطوير تلك القوانين والوسائل واستحداثها أو استبدالها بغية تحقيق الهدف المنشود.

ومما اهتدوا إليه في ذلك إنشاء عقود تخول بموجبها الدولة القطاع الخاص بإنشاء مشروعات البنى الأساسية في الدولة واستغلالها فترة من الزمن ثم تسليمها إلى الدولة على أن يكون ناتج ما تم الاستفادة منه طيلة هذه الفترة من نصيب مؤسسات القطاع الخاص منفذة هذه المشروعات. وهي ما تسمى بعقود البناء والإنشاء والنقل : [**B.O.T**].

فتكون الدولة بهذه الطريقة قد حافظت على مواردها المالية بل واستثمرتها في مشروعات أخرى وفي الوقت نفسه قد بنت الخدمات الأساسية للدولة دون أن تتكلف شيئاً.

فما طبيعة هذه العقود؟ وما مدى ملاءمتها للتشريع الإسلامي؟ وما المجالات التي يمكن اسغلالها به؟ ومدى مشروعية توظيفها من قبل الدولة في المرافق العامة؟ هذا ما يفترض بهذه الدراسة أن تجيب عليه.

وقد كتب في هذا أبحاث ليست بالكثيرة غير أن الباب ما زال مفتوحاً لدراسات أخرى قد تضيف شيئاً أو تحقق أمرا.

وقد انتظمت هذه الدراسة في مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة، أما المقدمة فقد تناولت عنوان الدراسة وإشكاليتها وأهميتها، وجاء التمهيد ليبين مفهوم عقد البناء والتشغيل والنقل وطبيعته وأركانه وصوره. في حين جاء المبحث الأول ليبين تكييفه الشرعي وجاء المبحث الثاني ليبين المجالات التي يمكن توظيفه بها ومدى سلطة الدولة في توظيفه في إنشاء المرافق العامة .ليختم البحث بما توصل إليه من نتائج وتوصيات.

التمهيد:
المفهوم والمجالات والأهمية والمكونات

أولاً: مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T":

واصطلاح البوت [**B.O.T**] هو اختصار لكلمات إنجليزية ثلاث: البناء [Build] والتشغيل [Operate] ونقل الملكية [Transfer].

هي المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات - وطنية كانت أم أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص وتسمى [شركة المشروع] - وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية(١).

أو هي عقود لإقامة مشروعات عامة [مرافق] تبرمها الدولة مع إحدى المؤسسات دون غيرها، وغالباً ما تعهد إليها بإدارتها واستغلالها لمدة يتفق على تحديدها قبل تسليمها للدولة، بحيث تحصّل المؤسسة رسوماً ممن ينتفعون بتلك المشروعات –وهذه خصيصة الامتياز- ويكون استغلالها طيلة المدة المحددة هو الثمن . وقد يكون الثمن مبالغ محددة تدفع للمؤسسة(٢).

وقد استقر رأي مجمع الفقه الإسلامي على أنه يقصد بهذا العقد: «اتفاق

(١) ينظر: عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام د. جابر جاد نصار ص: ٣٨.

(٢) ينظر: بحث عقود الامتياز منشور ضمن دراسات المعايير الشرعية ١٦٤٧/٢، النص الكامل للبحوث والدراسات التي قدمت تمهيداً لإعداد المعايير الشرعية [١-٥٤].

مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها»[1].

يلحظ في مفهوم هذا العقد:

١- أن هذا العقد من العقود المستحدثة وليس من العقود المتعارف عليها سابقاً، وإن كان في بعض صوره يشابه إلى حد ما عقوداً متعارفاً عليها على ما سيأتي بيانه.

٢- أن هذا العقد قد توظفه الدولة في نشاطاتها وقد توظفه غير الدولة .

٣- أن هذا العقد من العقود الإدارية

٤- أن طبيعة هذا العقد أنه من العقود التي يمكن توظيفها بما يخفف العبء المالي عمن وظفها من حيث التمويل وكذلك من حيث المخاطرة.

ولعل تعريف مجمع الفقه الإسلامي وسابقه امتازا بالدقة خاصة حينما عبرا عما سيؤول إليه العقد بعد انتهاء المدة المتفق عليها ب: «**تسليم المنشأة**» وليس ب: «**نقل الملكية**»؛ لأن المشروع هو ملك للدولة ابتداءً وانتهاءً، وشركة المشروع كأنها[2] مستأجرة عند الدولة إذ الثمن الذي تدفعه لبناء المشروع هو ما يقابل الانتفاع بالعين.

المرافق العامة يعبر به عند الفقهاء المصالح العامة:

المرفق العام: «نوع من الأعمال تقدم الأنشطة والخدمات للجمهور، وتشمل المرافق العامة خدمات: الهاتف والبرق والكهرباء والغاز والمياه والتخلص من

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم [١٨٢] ١٩/٨: الدورة التاسعة عشرة، ١٤٣٠ هـ.

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم [١٨٢] ١٩/٨: الدورة التاسعة عشرة، ١٤٣٠ هـ.

الفضلات ....»[1].

قال ابن الأزرق الغرناطي: «....سائر المصالح العامة: كأرزاق الولاة والقضاة والعمال والحساب وسد الثغور وبناء القناطر والمساجد والمدارس وسائر المصالح وما في معنى ذلك»[2].

قال الماوردي: «...والقسم الثالث: أن يكون قد أدان في مصلحة لا تتعلق بقطع فتنة ولا منع حرب كرجل أدان في عمارة مسجد أو جامع أو بناء حصن أو قنطرة أو فك أسرى أو ما جرى مجرى ذلك من المصالح العامة»[3].

ثانياً: أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية «B.O.T»[4]:

١- أنه البديل الذي يحفظ هيبة الدولة من الاقتراض محلياً أو خارجياً لإنشاء المشاريع الحيوية من البنى التحتية والمرافق العامة؛ إذ تتولى شركة المشروع تمويل إنشاء أو إدارة تلك المشروعات دون أن تتحمل خزينة الدولة أدنى عبء. وفي الوقت ذاته يتحقق المراد من وجود

(١) ينظر: الموسوعة العربية العالمية ٢٣ /١٢٣.

(٢) ينظر: بدائع السلك في طبائع الملك ١/ ٢١٦.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي ٨/ ٥٠٩. قال الأنصاري الشافعي: «(وفي إقراء) الوجه قول أصله وفي قرى (الضيف وعمارة المسجد) وبناء القنطرة وفك الأسير ونحوها من المصالح العامة....». ينظر: أسنى المطالب للأنصاري ١/ ٣٩٨.
قال ابن مفلح: « (ويبدأ بالأهم فالأهم) من المصالح العامة لأهل الدار التي بها حفظ المسلمين، وأمنهم من العدو. (من سد الثغور) بأهل القوة من الرجال والسلاح ... (وكري الأنهار) أي: تعزيلها. (وعمل القناطر) . وهي الجسور ... ولأن ذلك من المصالح العامة». ينظر: المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٣/ ٣٤٨.

(٤) ذُكر طرف منها في عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي ص: ١٠، رسالة ماجستير؛ من إعداد الباحث: هارون خلف عبد الدلو، كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية ، غزة، ٢٠١٥م.

المرافق العامة والخدمات والبنى التحتية[1].

٢- رفع كفاءة وجودة المشروعات التي تنفذ وفق هذه الصيغة؛ لما يمتاز به القطاع العام من حرص على الجودة بشكل عام، وكونه هو المستفيد من استثماره وتحسب الربح منه بشكل خاص.

٣- يسهم في تنمية الحس الوطني لدى المواطنين من خلال مشاركتهم في بناء الاقتصاد الوطني.

٤- يقلل من حجم البطالة لما فيه من تشغيل للأيدي العاملة والتي غالباً ما تكون وطنية.

٥- يلعب دوراً مهما في جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الخارجية ؛ بهدف التكسب وتحقيق الربح.

٦- يلعب دوراً مهماً في نقل الخبرات الخارجية وتوظيفها في إنشاء وتشغيل المشروعات موضوع العقد.

ثالثاً: المجالات التي يمكن توظيف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية «B.O.T» فيها بشكل عام[2][3]:

١- مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والتي كانت تضطلع الدولة بالقيام بها أساساً، من أمثلة ذلك: المطارات ومشروعات الطرق والجسور ومحطات الكهرباء والصرف الصحي.

٢- المجمعات السكنية، حيث يعهد إلى القطاع الخاص بإنشاء هذه

(١) ينظر: عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام د. جابر جاد نصار ص: ٣٩.

(٢) يشكل عام أي: سواء أكان الجهة الرئيسة فيه الدولة أم غيرها.

(٣) ينظر: عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام د. جابر جاد نصار ص: ٣٩ وما بعدها باختصار.

المجمعات السكنية وإدارتها ثم إعادتها بعد انتهاء مدة العقد إلى الدولة.

٣- استغلال واستصلاح الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة كإقامة مشروعات التنمية العمرانية أو استصلاح الأراضي الزراعية أو إقامة مشروعات ري .

علماً أن المجال الرئيس الذي طبقت فيه عقود البناء والتشغيل وإعادة الهيكلة هو إنشاء المرافق العامة الاقتصادية؛ مثل: إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو محطات المياه.

رابعاً: مكونات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «B.O.T»:

من خلال ما تقدم في بيان مفهوم وحقيقة عقد البناء والتشغيل والنقل «**B.O.T**» يتضح أنه مركب من منظومة من العقود وليس من عقد واحد؛ إذ صاحب المشروع جهة والمشغل أو المستثمر جهة وكذلك المنتفعون من المشروع جهة أخرى.

وفي الوقت ذاته فإن المشغل للمشروع أو المستثمر للمشروع (شركة المشروع) غالباً ما يكون اتحاداً مالياً - اتحاد شركات- ما بين مصرف مثلاً وشركة مقاولات ومكتب هندسي... الخ . حسبما تقتضيه طبيعة المشروع.

تأسيساً على ذلك فإن مكونات العقد هي:

١- الجهة المانحة والتي غالباً ما تكون جهة رسمية، مع احتمال أن تكون غير رسمية.

٢- الجهة المنفذة وهي ما يسمى ب: "شركة المشروع" والتي تتألف من اتحاد شركات غالباً منوط بها تنفيذ المشروع وتشغيله واستثماره فترة معينة.

٣- موضوع العقد ومحله البناء أو البناء والتشغيل وكذا المنفعة أو المشروع ذاته.

٤- المنتفعون من هذا المشروع، وهم المواطنون.

وهذا يقودنا للبحث في أركان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T":

من المعلوم أن أي عقد يجب أن يتوافر فيه العاقدان والصيغة والمعقود عليه[١]، وهي على النحو الآتي:

١- **العاقدان**: وهما طرفا العقد الجهة المانحة للامتياز – الدولة مثلاً - والجهة المستحقة للامتياز (شركة المشروع).

الطرف الأول الدولة متمثلة بالجهة المختصة من حكومتها، والتي تتولى:

١. إعداد دراسة جدوى[٢] حول المشروع. وتحديد الجهة الرقابية على التنفيذ.

---

(١) بعيداً عن الخلاف بين الحنفية والجمهور في حصر الركنية في الصيغة أو تعميمها على الأجزاء الثلاثة: الصيغة والعاقدان والمعقود عليه؛ إذ ليس مقام تحريره هنا. ينظر رأي الحنفية: المبسوط للسرخسي ١٥/٥.
ينظر رأي الجمهور عند كل من: البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢٢٩/١، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب للأنصاري ١٤٠/٢. و دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات للبهوتى ٥/٢. وذلك في معرض حديثهم عن عقد البيع وليس بخصوصه وإنما ما لا يقوم به أي عقد.

(٢) دراسة الجدوى هي: «منهجية لاتخاذ القرارات الاستثمارية تعتمد على مجموعة من الأساليب والأدوات والاختبارات والأسس العلمية التي تعمل على المعرفة الدقيقة لاحتمالات نجاح أو فشل مشروع استثماري معين، واختبار مدى قدرة هذا المشروع على تحقيق أهداف محددة تتمحور حول الوصول إلى أعلى عائد ومنفعة للمستثمر الخاص أو للاقتصاد القومي أو لكليهما على مدى عمر المشروع الافتراضي». ينظر: دراسة الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات الاستثمارية شقيري موسى وأسامة سلام ص: ٢٢.

٢. إعداد الجانب القانوني وما يتعلق بالإعفاء الضريبي والحوالات والجمارك.

٣. إبرام الاتفاقية مع شركة المشروع؛ مبينة حقوق والتزامات كل طرف.

الطرف الثاني شركة المشروع [Consortium]: تجمع شركات أو بنوك يستهدف تحقيق غرض محدد، مثل: تمويل مشروع كبير[١]؛ **أوهي صاحبة الامتياز:** متمثلة بالاتحاد المالي المنشأ بين المؤسسين من القطاع الخاص[٢].

مع ملاحظة أن شركة المشروع قد تكون شركة خاصة واحدة أو عدة شركات، وقد تكون شركة محلية أو شركة عالمية؛ وتتولى شركة المشروع:

١. عمليات الاقتراض.

٢. إبرام العقود مع الأطراف المعنية: الحكومة ، شركات المقاولات ، موردي المواد الأولية.

٣. تعتبر هي المسؤولة عن سداد الديون أمام البنوك.

٤. تنفيذ المشروع المتفق عليه مستخدمة حق الامتياز الممنوح لها لمدة تسمح لها باسترداد تكاليف وأرباح المشروع.

٥. تقوم بتسليم المشروع للمالك الأصلي – الدولة مثلاً – بعد انتهاء الفترة المتفق عليها شريطة "أن تكون الحالة التشغيلية للمشروع جيدة وينطبق عليها معايير الجودة والسلامة والتشغيل والصيانة المحددة

---

(١) ينظر: معجم الاقتصاد المعاصر تحسين التاجي الفاروقي ص:١٢٤.

(٢) ينظر: نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T أمل نجاح البشبيشي ص٤، بحث ضمن سلسلة: جسر التنمية سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية. تصدر عن المعهد العربي للتخطيط بالكويت. العدد الخامس والثلاثون نوفمبر /تشرين الثاني ٢٠٠٤ السنة الثالثة.

مسبقاً من قبل الأطراف المعنية بالمشروع"[1].

٢- **الصيغة**: وهي ما يعبر بها عن الرضا بإبرام هذا العقد، وتتمثل بكل ما يدل على الإيجاب والقبول.

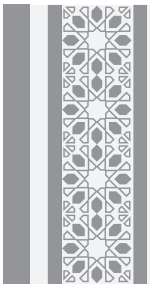
قال ابن القيم: "إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عَرّفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول"[2].

٣- **المعقود عليه** إنشاء المشروع والمنفعة المتحققة في العائد من ريعه لشركة المشروع طيلة فترة استغلاله. وذلك في أي صورة من صوره[3].

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد [١٩] ٥/ ٨٥٩، الأمانة العامة للأوقاف ، الشارقة، ط١، ٢٠١٣م. بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ناهد السيد قدم للدورة (١٩).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٣/ ١٣٠.

(٣) مع ملاحظة أن الدراسة هنا تتحدث عن موقع كل من المتعاقدين من المعقود عليه ولا تتحدث عن صور عقد البناء والتشغيل والنقل [B.O.T] إذ لهذا العقد صور كثيرة ليس مجال بسطها هنا؛ لأن الدراسة هنا لا تستهدف صور هذا العقد وإنما تستدف مشروعية توظيفه من قبل الدولة مقابل استيفاء رسوم وأجور انتفاع من المواطنين بغض النظر عن الصورة التي سيتم تفعيلها. وللاطلاع على كافة صوره التي طفحت المدونات القانونية والشرعية فيها بها ينظر: عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي ص: ٢٠-٣٠.



المبحث الأول:
مشروعية عقود البناء والتشغيل والنقل "B.O.T"

البحث في مشروعية هذا العقد وفق ما صيغت له هذه الدراسة يقتضي البحث من زاويتين:

الأولى: مشروعية هذا العقد بشكل عام؛ أي سواء كانت الجهة المانحة الدولة أو غيرها وسواء سيدفع المواطنون لشركة المشروع رسوم استخدام هذه المنافع نيابة عن أنفسهم أو نيابة عن الدولة.

الثانية: مشروعية هذا العقد بشكل خاص؛ أي حال كون الجهة المانحة هي الدولة لإنشاء مرافق عامة أو إدارتها بالتعاقد مع شركة المشروع الممولة والمشغلة وكان المواطنون هم من سيدفعون لشركة المشروع رسوم استخدام هذه المنافع نيابة عن الدولة.

مع التأكيد على أن البحث في مشروعية هذا العقد سينحصر في التعاقد بين الجهة المانحة والجهة صاحبة الامتياز، بغض النظر عن منظومة التعاقدات التي تتم بين مكونات شركة المشروع كاتحاد مالي؛ إذ ما يجري بين تلك الشركات المكونة لهذا الاتحاد من تعاقدات لا يخرج عن المشاركة والإجارة ...الخ. وهو ليس موضوع الدراسة هنا.

أولاً: مشروعية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «B.O.T» بشكل عام، كـ "عقد":

البحث في مشروعية هذا العقد وتكييفه الفقهي ينطلق من فكرة هل هو من

العقود التي ورد بشأنها نص أو إجماع؛ أم هو من العقود التي لم يرد بشأنها نص أو إجماع؛ بحيث إذا ثبت أنه قد ورد بشأنه نص فإن الفقه الوقوف عند حدود هذا النص جوازاً أو منعاً.

وأما إن كان مما لم يرد بشأنه نصّ فإن الفقه يدعو لسبر غوره والنظر في حقيقته وماهيته ومحاولة إيجاد صورة مشابهة له مما ورد بشأنه نص من العقود ليأخذ حكمها قياساً عليها. أو إسناده إلى أيٍّ من الأدلة الشرعية المختلف فيها والقواعد الفقهية أو إدراجه تحت حكم الدليل العام.

وبالنظر في حقيقة هذا العقد وصوره – على ما مر في المبحث الأول – يتبين أنه لم يرد بشأنه نص خاص أو انعقد عليه إجماع غير أن تكييفه الشرعي أخذ اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن هذا العقد له جذور في الفقه الإسلامي وصور قريبة منه؛ وعليه فهو عقد يتردد بين أكثر من صورة من صور العقود التي ورد بشأنها نص أو إجماع؛ منها: استثمار أموال الوقف. الإجارة. الاستصناع. المشاركة المؤقتة. الجعالة. فباستقراء ما حملت به بطون كتب السابقين تجد أن لهذا العقد جذوراً، ومن تلك الصور والمعاني التي تمّ ملاحظتها ما يلي:

- **استثمار أموال الوقف**:

١- ففي باب **إجارة الوقف** ما جاء في [المادة ٥٧٧] من مرشد الحيران: «لا يجوز لغير اضطرار إجارة دار الوقف أو أرضه إجارة طويلة ولو بعقود مترادفة. فإن اضطر إلى ذلك لحاجة عمارة الوقف بأن تخرب ولم يكن له ريع يعمر به جاز لهذه الضرورة إجارتها بإذن القاضي مدة طويلة بقدر ما تعمر به»[١].

(١) ينظر: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان قدري باشا ص: ٩٤.

يلحظ في الجملة الأخيرة من هذه المادة ما نصّت عليه حيث قالت: «**جاز لهذه الضرورة إجارتها بإذن القاضي مدة طويلة بقدر ما تعمر به**»؛ إذ هي بيت القصيد فينتفع المستأجر مدة تعادل ما أنفقه على البناء أو الترميم أو .... الخ.

٢- **المرصد**[١]: هو «دين على الوقف بنفقة المستأجر لعمارة الدار لعدم مال حاصل في الوقف»[٢].

فهو في الخلاصة المال الذي ينفقه المستأجر لعمارة أرض وقفية، فيقوم ببنائها وتعميرها؛ ويكون ما أنفقه دين على ذمة الوقف يستوفيه من خلال انتفاعه بما أنشأه عليها.

وسيأتي بيان ذلك عند الحديث عن التكييف الشرعي لعقد البناء والتشغيل والنقل «B.O.T»

- ومما جاء على لسان السابقين:

وبتتبع أقوال السابقين يتضح أن هناك صوراً أوردها الفقهاء في معرض تخريجاتهم الفقهية لمسائل الإجارة والمغارسة والمزارعة، ومن تلك الصور:

١- ما أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عون[٣]، قال: «**كان محمد**[٤] **يكره أن**

---

(١) مُرْصَد: مبلغ من المال يصرفه مستأجر حانوت من حوانيت مؤسسة خيرية بإذن من مدير المؤسسة لتعمير الحانوت وإصلاحه بحيث إن هذا المبلغ يبقى مُرْصَداً له على الحانوت، أي له حق المطالبة به». تكملة المعاجم العربية رينهارت بيتر آن دُوزِي ١٥٣/٥.

(٢) ينظر: رد المحتار على الدر المختار : حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٠٢.

(٣) هو: عَبد اللَّهِ بن عون بن أرطبان المزني، أَبُو عون البَصْرِيّ. كَانَ جده أرطبان مولى لعَبد اللَّهِ بن مغفل المزني، وقِيلَ: مولى لعَبد اللَّهِ بن درة بن سراق المزني. ينظر: تهذيب الكمال في أسماء الرجال للمزي ١٥/ ٣٩٤-٣٩٥.

(٤) هو: محمد بن سيرين الأنصاري أبو بكر بن أبي عُمَرة البَصْرِيّ، أخو أنس بْن سيرين، ومعبد بْن سيرين، وحفصة بنت سيرين، وكريمة بنت سيرين، مولى أنس بْن مالك، وهو

يستأجر العرصة[1]، فيبني فيها من أجرها»[2].

يفهم من هذا البيان أن هذه الصيغة من التعاقد والتي تنص على استئجار أرض على أن تكون الأجرة هي ما سيدفعه المستأجر ثمناً للبناء، وتعود الأرض والبناء لمالكها الأصلي بعد أن ينتفع بها المستأجر مدة معينة تعادل أجرتها ما دفعه ثمناً للبناء.

وهذه الصورة قريبة جداً من عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "**B.O.T**" غير أن المؤجر هنا - الجهة المانحة للامتياز – هي جهة خاصة – أفراد – وليس الدولة أو الهيئات العامة.

عليه فإن فكرة التعاقد وفق هذه الصيغة ليست وليدة هذا القرن أو سابقه؛ بل أكثر ما يقال بذلك: أن صيغة التعاقد وفق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "**B.O.T**" "صيغة غربية مطورة لعقد إسلامي"[3].

ولعل كراهة الإمام محمد بن سيرين لهذه الصيغة من التعاقد نابعة من جهالة الأجرة أو البناء وكلفته[4].

من سبي عين التمر الذين أسرهم خالد بْن الوليد . ينظر: تهذيب الكمال في أسماء الرجال للمزي ٢٥/ ٣٤٤-٣٤٥.

(١) «العَرْصةُ: كل بُقْعةٍ بين الدور واسعةٍ ليس فيها بناء» ينظر: لسان العرب لابن منظور مادة: [ع ر ص]-.

(٢) في المصنف في الأحاديث والآثار لابن أبي شيبة ٤/ ٥٥٨.

(٣) ينظر: عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي ص: ٣٧، رسالة ماجستير.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد [١٩] ٥/ ٨٨٣، الأمانة العامة للأوقاف ، الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة، ط١، ٢٠١٣م. بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ناهد السيد قدم للدورة (١٩).

٢- قال ابن القاسم[١] فيمن قال: **أعطني عرصتك أبنيها بعشرة دنانير، أو بما دخل فيها، على أن أسكنها [كذا وكذا سنة]، فذلك جائز، وإن لم يسم، فلا خير فيه**، ولا بأس أن يقول: ابني فيها بيوتاً بصفة معروفة وذرع معروف، على أن لي نصف ذلك.»[٢].

وفي هذا المثال يظهر جلياً تجويز السلف الصالح لعقد الانتفاع بما أنشأ المكري على أرض الغير بإذنه إن كان وفق شروط محددة معلومة تنفي الجهالة عن العقد.

وهذه الصورة أيضاً قريبة مما عليه التعاقد وفق صيغة البناء والتشغيل ونقل الملكية "**B.O.T**" غير أن الجهة المانحة أيضاً هنا هي جهة خاصة.

٣- وفي الذخيرة عن ابن القاسم أيضاً أنه قال: «**أعرت أرضك عشر سنين للغرس ويسلم إليك بعد المدة بغرسها ويغتلها[٣] هو في المدة يمتنع للجهل بحال المال؛ وجوزه أشهب كالبنيان إذا سمي مقدار الشجر**»[٤].

وفي هذا النقل عن ابن القاسم الذي عاش في أواخر القرن الثاني الهجري يظهر صيغة للتعامل فيها استيفاء الثمن من خلال انتفاع الجهة صاحبة الامتياز.

---

(١) ينظر: هو: أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العُتقي المصري: الشيخ الصالح الحافظ الحجة الفقيه، أثبت الناس في مالك وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة وتفقه به وبنظرائه، لم يرو واحد عن مالك الموطأ أثبت منه، توفي بمصر في صفر سنة ١٩١هـ. ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لابن سالم مخلوف ١/ ٨٨.

(٢) ينظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات للقيرواني ٧/ ٣٣-٣٤.

(٣) أي يأخذ غلتها؛ والغَلّة هي: «كل ما يحصل من ريع الأرض أو كرائها» ينظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للقونوي ص: ٦٦.

(٤) ينظر: الذخيرة للقرافي ٦/ ١٤٣.

تأسيساً على ما ذُكر فإن هذا الاتجاه يرى أن هذا العقد مشروع وله جذور في الفقه الإسلامي؛ ولكنهم اختلفوا في تحديد الصورة التي يمكن أن يخرج عليها، وذلك على النحو الآتي:

التخريج الأول: على أنه عقد إجارة:

الإجارة لغة: من الأجر وهو: الجزاء على العمل...أجره يأجره ويأجره: جزاه... وأجرته، المملوك أجرا: أكراه، كآجره إيجاراً ومؤاجرة. والأجرة: الكراء. وائتجر: تصدق، وطلب الأجر. .... واستأجرته وأجرته فأجرني: صار أجيري»[(١)].

الإجارة اصطلاحاً: للفقهاء في بيان معناه كلام كثيرٌ، ونظراً لأن قضية هذه الدراسة تنصب على مدى سلطة الدولة التقديرية في توظيف هذا النوع من العقود فسأكتفي بذكر أي معنى يدل على حقيقة عقد الإجارة ويبرز حدوده بما يوضح مدى توافق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» مع صيغة الإجارة، عليه فإن المعنى الاصطلاحي للإجارة هو:

الإجارة عقد يرد على المنافع بعوض[(٢)]. أو هي: «عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض بما يدل أي على تمليك المنفعة»[(٣)].

وأما مكونات عقد الإجارة فقد قال الأنصاري: «أركانها أربعة: عاقدان وصيغة وأجرة ومنفعة»[(٤)]. وبالنظر في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» نجد أن هذه الأركان متوافرة فيه؛ على النحو الآتي:

١- العاقدان: وهما المؤجر والمستأجر، وهما:

(١) ينظر: القاموس لمحيط للفيروز آبادي، مادة [أ ج ر].
(٢) ينظر: البناية شرح الهداية للعيني ١٠/ ٢٢١.
(٣) ينظر: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك للدردير ص: ١٢٠.
(٤) ينظر: أسنى المطالب للأنصاري ٢/ ٤٠٣.

١. المؤجر هو الدولة أو الجهة المانحة للامتياز.

٢. المستأجر: الجهة صاحبة الامتياز "شركة المشروع"،

٢. الصيغة هي: الإيجاب والقبول شأنها شأن أي عقد.

٣- المعقود عليه: المنفعة والأجرة، وهما:

١. الأجرة، هي: العوض الذي يعطى مقابل منفعة الأعيان، أو منفعة الآدمي[١]. وهي هنا في هذا العقد: المشروع المراد إنشاءه. فهي أجرة مؤجلة إلى حين تسليمه للجهة المانحة.

٢. المنفعة: هي حق استغلال العين المؤجرة.

والعين المؤجرة هي: الأرض التي سيقام عليها المشروع.

واستناداً إلى ما ذكر يمكن توصيف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "**B.O.T**" على أنه عقد إجارة يخضع لأحكام عقد الإجارة في شروطه وأركانه وسائر أحكامه، على الرغم من أن هناك تفاوتاً بين العقدين في مسائل منها معلومية الأجرة ومدتها والتي ستتناولها الدراسة عند الترجيح بين هذه التكييفات.

ومما يتخرج قريباً من عقد الإجارة تخريجه على أنه عقد جعالة:

قال ابن قدامة: «... والجعالة تساوي الإجارة في اعتبار العلم بالعوض، وما كان عوضاً في الإجارة جاز أن يكون عوضاً في الجعالة، وما لا فلا، وفي أن ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال، جاز أخذه عليه في الجعالة، وما لا يجوز أخذ الأجرة عليه في الإجارة... ويفارق الإجارة في أنه عقد جائز، وهي لازمة، وأنه لا يعتبر العلم بالمدة، ولا بمقدار العمل، ولا يعتبر وقوع العقد مع

(١) ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام علي حيدر١/ ٤٤١.

واحد معين»[١].

الجعالة لغة: «.... وأجعله جعلا وأجعله له: أعطاه إياه. والجعالة، بالفتح، من الشيء تجعله للإنسان. وأجعله جعلا بالضم من العطية وأجعله له : أي أعطاه»[٢].

واصطلاحا: «الجعل بالضم ما جعل للإنسان من شيء على فعل»[٣]. قال ابن عرفة: «عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه»[٤]. ومن ذهب إلى تكييفه على أنه عقد جعالة د. عبد الستار أبو غدة[٥].

وللتأكد من مدى مطابقة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» مع عقد الجعالة يجب تحديد مكونات عقد الجعالة ومقارنتها مع مكونات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**»، وهي على النحو الآتي:

١- العاقدان:

١. الجاعل: وهو الجهة المانحة للامتياز، وهو هنا الدولة أو الجهة الطالبة لإنشاء مشروع موصوف في الذمة لقاء مكافأة.

٢. المجعول له : العامل؛ "شركة المشروع" : وهو صاحب حق الامتياز. وهو الجهة المنشئة للمشروع والتي ستتولى إدارته وتشغيله فترة من الزمن

(١) ينظر: المغني شرح مختصر الخرقي لابن قدامة ٦/ ٢٢.

(٢) ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي مادة [ج ع ل].

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٦٧٤

(٤) ينظر: شرح حدود ابن عرفة الرصاع التونسي المالكي ٢/ ٣١٦.

(٥) في بحثه الموسوم ب: «عقد البناء والتشغيل والإعادة «B.O.T» وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد [١٩] ٥/ ٧١١، الأمانة العامة للأوقاف ، الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة، ط١، ٢٠١٣م. قدم للدورة (١٩).

متفق عليها ومن ثم إعادته للجهة المانحة.

٢- الصيغة: الإيجاب والقبول بأي طريقة تدل على الرضا بإنشاء عقد يقتضي استغلال الجهة صاحبة الامتياز الأرض الممنوحة من الدولة – مثلاً – وإنشاء مشروع عليها وإدارته وتشغيله ثم إعادته للجهة المانحة.

٣- المعقود عليه:

١. العمل: وهو المشروع المراد إنشاءه وفق مواصفات معينة متفق عليها بين الجهة المانحة والجهة صاحبة حق الامتياز.

٢. الجعل في هذا العقد يتمثل في "المنفعة" أي: بالعائد من تشغيل هذا المشروع بعد تمامه جراء ما يدفعه الجمهور لقاء استخدامهم لهذا المشروع.

وستبين هذه الدراسة عند الحديث عن الترجيح بين هذه التكيفات مواطن تباين هذين العقدين.

التخريج الثاني: على أنه عقد استصناع:

الاستصناع لغة من صنع: صنعته أصنعه صنعا والاسم الصناعة والفاعل صانع والجمع صناع والصنعة عمل الصانع»[١]. و«الصُنْعُ بالضم: مصدر قولك: صَنَعَ إليه معروفاً. وصَنَعَ به صَنيعاً قبيحاً، أي: فعل. والصِناعَةُ: حرفةُ الصانِع، وعمله الصَنْعَةُ»[٢].

والاستصناع اصطلاحاً: هو «عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل»[٣].

(١) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي مادة [ص ن ع].
(٢) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري الفارابي مادة [ص ن ع].
(٣) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢.

وهو عند المالكية ضرب من السلف في الصناعات[1]، فلم يخرجوا به عن معناه اللغوي من كونه طلب صناعة شيء.

صورة الاستصناع: أن يقول إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل لي خفا أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم»[2].

في ضوء ما تقدم فإن مكونات عقد السلم هي:

١- العاقدان:

١. المستصنع: وهو الجهة المانحة للامتياز، وهو هنا الدولة أو الجهة الطالبة لإنشاء مشروع موصوف في الذمة لقاء ثمن معين.

٢. الصانع: وهو صاحب حق الامتياز. وهو الجهة المنشئة للمشروع والتي ستتولى إدارته وتشغيله فترة من الزمن متفق عليها ومن ثم إعادته للجهة المانحة.

---

(١) جاء في المدونة: « قلت: ما قول مالك في الرجل يستصنع طستا أو تورا أو قمقما أو قلنسوة أو خفين أو لبدا أو استنحت سرجا أو قارورة أو قدحا أو شيئا مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناع فاستعمل من ذلك شيئا موصوفا، وضرب لذلك أجلا بعيدا، وجعل لرأس المال أجلا بعيدا أيكون هذا سلفا أو تفسده لأنه ضرب لرأس المال أجلا بعيدا أم لا يكون هذا سلفا ويكون بيعا من البيوع في قول مالك ويجوز؟ قال: أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلا بعيدا وجعل ذلك مضمونا على الذي يعملها بصفة معلومة وليس من شيء بعينه يريبه إياه يعمله منه ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين ولم يضرب لرأس المال أجلا، فهذا السلف جائز ينظر: المدونة الإمام مالك ٣/٦٨ - ٦٩.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢.

٢- الصيغة: الإيجاب والقبول بأي طريقة تدل على الرضا بإنشاء عقد يقتضي استغلال الجهة صاحبة الامتياز الأرض الممنوحة من الدولة – مثلاً – وإنشاء مشروع عليها وإدارته وتشغيله ثم إعادته للجهة المانحة.

٣- المعقود عليه:

١. المُسْتَصنع: وهو السلعة المراد صناعتها وإنشائها. وهو المشروع المراد إنشائه وفق مواصفات معينة متفق عليها بين الجهة المانحة والجهة صاحبة حق الامتياز. قال الكاساني: "وأما شرائط جوازه (فمنها): بيان جنس المصنوع، ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلوما بدونه"(١).

٢. الثمن: وهو ما يتقاضاه الصانع لقاء صناعته للسلعة المرادة. والمتمثل في هذا العقد "المنفعة" أي: بالعائد من تشغيل هذا المشروع بعد تمامه جراء ما يدفعه الجمهور لقاء استخدامهم لهذا المشروع.

فعقد الاستصناع وفق هذه المكونات يقترب كثيراً من عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**»؛ إذ توافرت فيه جميع عناصره، وستبين هذه الدراسة عند الحديث عن الترجيح بين هذه التكيفات مواطن تباين هذين العقدين.

التخريج الثالث: على أنه إقطاع :

الإقطاع لغة من: قطعته أقطعه قطعاً فانقطع انقطاعاً، وانقطع الغيث: احتبس. وانقطع النهر: جف أو حبس... وقطعت له قطعة من المال: فرزتها. ... وأقطع الإمام الجند البلد إقطاعاً جعل لهم غلتها رزقاً»(٢). قال ابن منظور: «...

(١) ينظر: المرجع السابق ٥/ ٣.

(٢) ينظر: المصباح المنير للفيومي مادة [ق ط ع].

والإقطاع يكون تمليكاً وغير تمليك. يقال: استقطع فلان الإمام قطيعة فأقطعه إياها إذا سأله أن يقطعها له ويبينها ملكاً له فأعطاه إياها»[١].

واصطلاحاً: «ما يعطيه لمن يعمل فيه بنفسه مدة من الزمان أو مدة حياة المقطَع -بفتح الطاء- وسواء كان في نظير شيء يأخذه الإمام من المقطع أو مجاناً»[٢]. قال ابن عابدين: «هي ما يقطعه الإمام أي يعطيه من الأراضي رقبة أو منفعة لمن له حق في بيت المال»[٣].

وللتأكد من مدى مطابقة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» مع الإقطاع يجب تحديد مكونات الإقطاع ومقارنتها مع مكونات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**»، وهي على النحو الآتي:

١- طرفي الإقطاع:

١. الإمام: وهو الجهة المانحة للامتياز، وهو هنا الدولة.

٢. المقطع له : "شركة المشروع": وهو صاحب حق الامتياز. وهو الجهة المنشئة للمشروع والتي ستتولى إدارته وتشغيله فترة من الزمن متفق عليها ومن ثم إعادته للجهة المانحة.

٢- الصيغة: الإيجاب والقبول بأي طريقة تدل على الرضا باستغلال الجهة صاحبة الامتياز الأرض الممنوحة من الدولة – مثلاً – وإنشاء مشروع عليها وإدارته وتشغيله ثم إعادته للجهة المانحة.

٣- المعقود عليه:

---

(١) ينظر: لسان العرب لابن منظور مادة [ق ط ع].

(٢) ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير أحمد الصاوي – مطبوع بهامش الشرح الصغير- ١/ ٤٢١.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٩٣.

١. العمل وإحياء الأرض الموات - مثلاً - من خلال إنشاء المشروع المراد وفق مواصفات معينة متفق عليها بين الجهة المانحة والجهة صاحبة حق الامتياز. كما في حق الإرفاق[١] وإقطاع العامر الذي لم يتعيّن مالكوه ولم يتميّز مستحقوه، وكذا إقطاع الاستغلال.

٢. المنفعة : العائد من تشغيل هذا المشروع بعد تمامه جراء ما يدفعه الجمهور لقاء استخدامهم لهذا المشروع.

وستبين هذه الدراسة عند الحديث عن الترجيح بين هذه التكيفات مواطن تباين هذين العقدين.

التخريج الرابع: على أنه عقد امتياز:

الامتياز: منح طرف لآخر حقّ الاستغلال أو الإنشاء أو الإدارة ممن يملك هذا الحق بمقابل يتفق عليه[٢].

وفي معجم مصطلحات الاقتصاد: «منح حق خاص أو إذن بتشغيل واستئجار مشروع معين تقوم به حكومة أو شركة خاصة. كامتياز تمنحه الحكومة لأحد الناس باستثمار دكان لبيع المرطبات في حديقة عامة. أو امتياز يمنحه متجر كبير لإحدى المؤسسات بهدف تشغيل وإدارة مطعم صغير في إحدى قاعات ذلك المتجر. أو امتياز تمنحه الحكومة لشركة للتنقيب عن البترول في أراضيها واستخراجه»[٣].

صاحب الامتياز: «شخص أو شركة تشغل مشروعاً معيناً بموجب شروط

---

(١) «فهو من ارتفاق الناس بمقاعد الأسواق وأفنية الشوارع، وحريم الأمصار، ومنازل الأسفار». ينظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء ص: ٢٢٤.

(٢) ينظر: ينظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المعيار رقم [٢٢] فقرة [٢].

(٣) ينظر: معجم مصطلحات الاقتصاد المال وإدارة الأعمال نبيه غطاس ص: ١٢٤.

الامتياز، كمن يقوم بتشغيل واستثمار محلات لبيع المرطبات في الساحات والحدائق العامة والملاعب أثناء المباريات الرياضية وغيرها . وتطلق الكلمة أيضاً على شركات البترول والمعادن التي تعمل بموجب امتيازات حكومية»[١].

عقد امتياز الإنشاء: عقد بين الدولة وطرف آخر لإقامة مشروع يتعلق غالباً بالمرافق العامة يتم إنشاؤه بمواصفات معينة[٢].

صور عقود الامتياز؛ وتتمثل في الآتي[٣]:

١. الأرض للدولة والمشروع لها، والمنافع للحاصل على الامتياز لمدة معينة ثم يعيده للدولة. ففي هذه الحالة يكون المعقود عليه هو: تشغيل وإدارة المشروع فقط.

٢. الأرض للدولة، المشروع والمنافع للحاصل على امتياز لمدة معينة ثم يعيده للدولة. ففي هذه الحالة يكون المعقود عليه هو: البناء والإنشاء والتشغيل والإدارة للمشروع.

٣. الأرض للدولة والمشروع للدولة، وتشترك الدولة مع الحاصل على الامتياز في الإيرادات لمدة معينة ثم يملك المشروع للحاصل على الامتياز. ففي هذه الحالة يكون المعقود عليه هو: المنفعة من المشروع والمشروع ذاته.

فعناصر ومكونات العقد تظهر هنا جلية: العاقدان: الجهة المانحة والجهة صاحبة حق الامتياز. والصيغة والمعقود عليه: الإنشاء والإدارة والتشغيل أو الإدارة والتشغيل فقط؛ بحسب الصور السابقة.

---

(١) ينظر: المرجع السابق ص: ١٢٥.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم [٢٢] فقرة [٦/١/١].والموسوعة العربية العالمية ٢/ ٦٩٥.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم [٢٢] فقرة [٦/١/٢].

التخريج الخامس: على أنه عقد شراكة مؤقتة:

ذهب بعض الباحثين[١] إلى تكييف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» على أنه شركة مؤقتة وفق نظام شراكة المحاصة؛ والتي تقوم على أساس المشاركة في رأس المال.

وهذه صيغة تمويلية بالمشاركة في رأس المال وهي بديل للاقتراض الربوي، أو اقتراض الدولة من صندوق النقد الدولي والذي يعود بآثار سلبية على الدولة؛ حيث يسهم الممول في أرباح وخسائر المشروع المستفيد من التمويل، وعليه ووفق هذه الصورة التمويلية فإنه يأخذ حكم التمويل بالمشاركة الموقوتة[٢].

وتتجلى هذه الصيغة من التعاقد في صورة شركة المحاصة، على النحو الآتي:

المحاصة لغة: «...والحِصَّةُ: النَّصِيبُ من الطعام والشراب والأرض وغير ذلك. وتَحاصَّ القومُ: اقتسموا حِصَصَهُمْ، حاصة محاصة وحصاصاً: قاسمه فأخذ كل واحد منهما حصته. وأحص القوم: أعطاهم حصصهم»[٣].

شركة المحاصة اصطلاحاً:

ذهبت المعايير الشرعية[٤] إلى أنه يطبق على شركة المحاصة التعريف

---

(١) بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية: ناهد السيد مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد [١٩] ٥/ ٩٠١، الأمانة العامة للأوقاف، الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة، ط١، ٢٠١٣م. قدم للدورة (١٩).

(٢) ينظر: نحو نظام نقدي عادل: دراسة للنقود والمصارف والسياسة النقدية في ضوء الإسلام لمحمد عمر شابرا ص:٦٦-٦٧.

(٣) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم ابن سيده ٢/ ٤٩٢.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم [١٢] فقرة [١/٥/٤].

الوارد في شركة العنان[1]، وهو: «أن يشترك اثنان أو أكثر بمال معلوم من كل شريك بحيث يحق لكل منهما التصرف في مال الشركة، والربح بينهما بحسب الاتفاق والخسارة بقدر الحصص في رأس المال».

أو هي: «عقد يبرمه شخصان أو أكثر فيما بينهما، بقصد استثمار مشروع معين، ويلتزم فيه كل شريك بتقديم حصة من المال أو العمل لتحقيق هذا الاستثمار، واقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة، دون أن تشكل هذه الحصص رأس مال للشركة لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وهي ليست معدة لاطلاع الغير عليها»[2].

أما مدى تطابق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» مع الشركة المؤقتة وفق نظام شركة المحاصة؛ فإن طرفي العقد فيها هما: الدولة وشركة المشروع سواء ستقدم الدولة فيها الأرض فقط أم الأرض والمشروع وفي الجهة المقابلة ستتولى شركة المشروع الإدارة والتشغيل أو الإنشاء والإدارة والتشغيل على أن تكون عمر هذه الشركة مؤقتاً ينتهي بتاريخ معين ويكون الربح والخسارة مقسوم على طرفي العقد.

التخريج السادس: قياساً على استثمار أموال الوقف:

فالأوقاف الاستثمارية: "هي أملاك أو أصول ثابتة موقوفة لتستغل أو تستثمر فيما تصلح له من لون استثمار، ثم لتنفق عوائدها وخيراتها فيما أوقفت عليه؛ فالأراضي للزراعة، والعيون ليباع ماؤها، والمعابر والجسور تقدم خدماتها لقاء أجور للعبور، ولكن إيراداتها وغلاتها ومحصول استثمارها ينفق على الهدف

(١) في الفقرة [١/٣] من نفس المعيار.

(٢) ينظر: شركة المساهمة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي (تأسيس. إجراءات . نشاط) فتحي زناكي ص: ٨٤.

الذي أوقفت من أجله"[١].

ففي باب **إجارة الوقف** ما جاء في [المادة ٥٧٧] من مرشد الحيران: «لا يجوز لغير اضطرار إجارة دار الوقف أو أرضه إجارة طويلة ولو بعقود مترادفة. فإن اضطر إلى ذلك لحاجة عمارة الوقف بأن تخرب ولم يكن له ريع يعمر به جاز لهذه الضرورة إجارتها بإذن القاضي مدة طويلة بقدر ما تعمر به»[٢].

يلحظ في الجملة الأخيرة من هذه المادة ما نصّت عليه حيث قالت: «**جاز لهذه الضرورة إجارتها بإذن القاضي مدة طويلة بقدر ما تعمر به**»؛ إذ هي بيت القصيد فينتفع المستأجر مدة تعادل ما أنفقه على البناء أو الترميم أو .... الخ.

المرصد: هو «دين على الوقف بنفقة المستأجر لعمارة الدار لعدم مال حاصل في الوقف»[٣].

جاء في المادة [٥٩٩] من مرشد الحيران ما نصّه: "المرصد: هو دين مستقر على جهة الوقف للمستأجر الذي عمر من ماله عمارة ضرورية في مستغل من مستغلات الوقف للوقف بإذن ناظره عند عدم مال حاصل في الوقف وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميره منها"[٤].

ويثبت ذلك عندما يأذن القاضي أو الناظر لمستأجر الوقف بالبناء في أرض الوقف عند عجز الوقف عن التعمير، بحيث يكون ما ينفقه في البناء والتشييد دينا على الوقف، يستوفيه من أجرته بالتقسيط، ويكون البناء ملكا للوقف، على أن يكون لصاحبه حقّ القرار في عقار الوقف ويورث عنه، وحقّ التنازل عنه لآخر بأخذ دينه عليه، بحيث يحلّ محله في العقار بإذن القاضي أو المتولي. وهذه

(١) ينظر: الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، منذر قحف ص: ١٣-١٤.
(٢) ينظر: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان قدري باشا ص: ٩٤.
(٣) تقدم الحديث عنه.
(٤) ينظر: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان قدري باشا ص: ٩٨.

الكلمة من المصطلحات الفقهيّة التي درج على استعمالها متأخرو فقهاء الحنفية دون غيرهم من المذاهب[1].

فهو في الخلاصة المال الذي ينفقه المستأجر لعمارة أرض وقفية، فيقوم ببنائها وتعميرها؛ ويكون ما أنفقه دين على ذمة الوقف يستوفيه من خلال انتفاعه بما أنشأه عليها.

الاتجاه الثاني: أن هذا العقد يمكن توصيفه على أنه عقد مستحدث مستقل بذاته يحتاج إلى بيان حكمه؛ إذ لم يخل أي تكييف من التكييفات السابقة من مباينة بينة وبين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» كما سيأتي في الترجيح.

قال ابن تيمية: "الأصل في العقود والشروط: الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا عند من يقول به . وأصول أحمد المنصوصة عنه: أكثرها يجري على هذا القول. ومالك قريب منه؛ لكن أحمد أكثر تصحيحاً"[2]، فهذه قاعدة جليلة في هذا الباب؛ إذ فيها توسعة على الناس في معاملاتهم فيكتسب مشروعيته بالتالي، ومما استدلوا به من الأدلة العامة والخاصة ما الآتي:

١- عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]؛ وهذا أصل عام في سائر البيوع؛ إذ الأصل في المعاملات المالية من عقود وشروط سنداً لهذا النصّ هو الإباحة، ما لم يرد نصّ التحريم؛ ليخرج هذه المعاملة أو تلك من دائرة الإباحة إلى دائرة الحظر، كتلك النصوص التي جاء لتخرج الربا والقمار والاتجار بالخمر وغيرها[3].

---

(١) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء نزيه حماد ص: ٤١٠.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/ ١٣٢.

(٣) ينظر: الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ٦٨/٧-٦٩، وتطور الأحكام

قال القرطبي في تفسير هذه الآية: "هذا من عموم القرآن، والألف واللام للجنس لا للعهد؛ إذ لم يتقدم بيع مذكور يَرْجِعُ إليه... وهذا مذهب أكثر الفقهاء... فالعموم يدل على إباحة البيوع في الجملة والتفصيل ما لم يُخَصَّ بدليل"(١).

٢- قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. ، وقال: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

قال ابن تيمية: "فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. ، وقال: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤]، فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب. فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم. وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق، فكذلك سائر التبرعات، قياسا عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن. وكذلك قوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ، لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة. وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة أو طابت نفس المتبرع بتبرع، ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك(٢).

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]

الفقهية في القضايا المالية محمد الجعبري ص: ٤٢. والتكييف الفقهي عثمان شبير ص:٥٠.

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: تفسير القرطبي ٣/٣٥٦- ٣٥٧.

(٢) ينظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد نزيه حماد ص: ٤٠٠.

وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾ [الإسراء: ٣٤] التي جاءت على عمومها وغير ذلك من نصوص القرآن.

٣- ومن السنة ما أخرجه البخاري من حديث عقبة بن عامر ﷺ، أن النبي ﷺ قال: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"(١).

الوفاء بالشروط الصحيحة غير المخالفة للشرع واجب وحق وهو على عمومه يدخل في سائر الأبواب، قال ابن القيم: "... الخطأ الرابع لهم: اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة فإذا لم يقم عندهم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة استصحبوا بطلانه فأفسدوا بذلك كثيرا من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح"(٢).

وغيرها من الأدلة التي تبين أن الأصل في العقود الإباحة ما تخالف نصاً.

الترجيح:

لم تخل صيغة من الصيغ السابقة من ثغرة عند محاولة مطابقة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» معها، **ولن تتعرض هذه الدراسة لكل الانتقادات التي وجهت لكل صيغة إذ تلك دراسة قائمة بذاتها، وإنما اكتفت الدراسة هذه بوجود ولو ثغرة واحدة – إن وجدت - لتثبت عدم الانطباق.**ومما تتبعته هذه الدراسة ما يلي:

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه :كتاب النكاح: باب الشروط في النكاح برقم (٥١٥١) ٢٠/٧. ومسلم في صحيحه: كتاب النكاح: باب الوفاء بالشروط في النكاح برقم (٥١٥١) ٢٠/٧.

(٢) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ١/ ٤٠١.

أما من حيث تكييفه على أنه عقد إجارة – ويتبعه الجعالة - فإنه يثار إشكاليات معينه تجعله يباين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «B.O.T» منها:

١- أن تكون المنفعة والأجرة معلومتين.

٢- أن تكون الأجرة قابلة للقسمة على الفترة الزمنية.

ففي عقد الإجارة يجب أن تكون المنفعة والأجرة معلومتين علماً يفضي إلى عدم المنازعة. قال ابن نجيم: "وشرطها: أن تكون الأجرة والمنفعة معلومتين لأن جهالتهما تفضي إلى المنازعة"(١). وقال الزيلعي: «هي – أي الإجارة - بيع منفعة معلومة بأجر معلوم... وشرطها: أن تكون الأجرة والمنفعة معلومتين؛ لأن جهالتهما تفضي إلى المنازعة»(٢).

-ومن حيث ما جاء في المنفعة وحدها: قال الكاساني: «يشترط في المنفعة المعقود عليها أن تكون معلومة علماً يمنع المنازعة(٣). وجاء في «القوانين الفقهية»: «وأما المنفعة فيشترط فيها شرطان: (الأول): أن تكون معلومة إما بالزمان كالمياومة والمشاهرة وأما بغاية العمل كخياطة ثوب»(٤). وفي تكملة المجموع: «فلا بد أن تكون المنفعة معلومة كما لابد أن يكون المبيع معلوما، فإن كانت مجهولة لم تصح الاجارة، كما لو كان المبيع مجهولاً»(٥).

-وأما من حيث ما جاء في الأجرة وحدها: ما روي عن أبي هريرة، عن

(١) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٧/ ٢٩٧.
(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ٥/ ١٠٥.
(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٧٩/٤.
(٤) ينظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص: ١٨١.
(٥) ينظر: تكملة المجموع شرح المهذب للسبكي والمطيعي ١٥/ ٦.

النبي ﷺ أنه قال: "... ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره"[١]. وفي القوانين الفقهية «فأما الأجرة ففيها مسألتان: (المسألة الأولى): أن تكون معلومة»[٢]. وقال الخطيب: «وشرط في الأجرة – وهي الركن الرابع – ما مر في الثمن؛ فيشترط كونها معلومة جنساً وقدراً وصفة»[٣]. أكد هذا ابن قدامة فقال: «ويشترط في صحة الإجارة ذكر الأجرة؛ لأنه عقد يقصد فيه العوض فلم يصح من غير ذكره كالبيع، ويشترط أن تكون معلومة لذلك، ويحصل العلم بالمشاهدة أو بالصفة كالبيع، ويشترط أن تكون معلومة لذلك، ويحصل العلم بالمشاهدة أو بالصفة كالبيع، وفي وجه آخر، لا بد من ذكر قدره وصفته؛ لأنه ربما انفسخ العقد، ووجب رد عوضه بعد تلفه، فاشترط معرفة قدره ليعلم بكم يرجع، كرأس مال السلم، وقد ذكرنا وجه الوجهين في السلم»[٤].

فإن ما نقل – آنفاً – عن المذاهب الأربعة يؤكد أن معلومية الأجرة والمنفعة شرط في صحة عقد الإجارة؛ لئلا تفضي جهالتهما أو جهالة أحدهما إلى المنازعة.

وبالنظر في تكوين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» أن منفعة العين المؤجرة – على فرض القول بأنه عقد إجارة – معدومة حال العقد ابتداءً فهي في حكم عدم المعلوم وإن كان يمكن وصفها بالذمة، وعلى القول بأن المنفعة موصوفة بالذمة وفي الوقت ذاته الأجرة معدومة لأنها مجهولة قد يقودنا هذا إلى الوصول إلى بيع معدوم بمعدوم، والإجارة نوع من البيع فقد صرح الزيلعي

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى برقم (١١٦٥١) ٦/ ١٩٨. وينظر تمام تخريجه في التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني ١٣٢/٣.

(٢) ينظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص: ١٨١.

(٣) ينظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ٢/ ٣٤٩.

(٤) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة ٢/ ١٧٥.

بأنها بيع عند تعريفها حيث قال: "هي – أي الإجارة - بيع منفعة معلومة بأجر معلوم..."[١]. وفي الاختيار: «وسميت بيع المنافع لوجود معنى البيع، وهو بذل الأعواض في مقابلة المنفعة»[٢].الأمر الذي يجعل العقدين متباينين.

ومن جهة أخرى هل يمكن القول بأن الأجرة معلومة وفق هذا التوصيف لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» إذا كانت الأجرة هي: المشروع الذي ستسلمه الجهة صاحبة الامتياز للجهة المانحة، وهو معدوم عند إنشاء العقد؛ وعلى القول بوصفه بالذمة نعود إلى مسألة أن المنفعة والأجرة أصبحا معدومين؟!

ويتفرع على ما سلف أنه إذا اعتبرنا أن الأرض هي العين المؤجرة وأن الأجرة هي المشروع الذي سيسلم في نهاية العقد للجهة المانحة فكيف يمكن تقسيم الأجرة على مدة المشروع منذ تسلم الأرض حال انفسخ العقد قبل تمام المدة لأي سبب كان إذ من المعلوم أن من أحكام الأجرة –كما نصّ على ذلك الكاساني- أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين"[٣]. وهذا لا ينطبق على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**»، فلا يصلح ما تم من المشروع أن يجزأ على عدد أيام الإجارة التي مضت من العقد بخلاف ما لو حددت الأجرة بمبلغ مقطوع من الدنانير مثلاً.

أما من حيث تكييفه على أنه عقد استصناع فإنه يثار إشكاليات حول هذا التوصيف تجعله يباين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «B.O.T» منها:

أن تكون أجرة الصانع منفعة المُسْتَصْنَع مدة معينة، الأمر الذي يجعله مجهولاً.

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ٥/ ١٠٥.

(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار مجد الدين أبو الفضل الحنفي ٢/ ٥٠.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٦/ ٦٤.

فقد ذهب الحنفية إلى أن المنافع ليست أموال – ابتداء – قال الزيلعي: "...لأن المال عبارة عن إحراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة في نوائب الدهر، وذلك لا يتحقق في المنافع..."(١). وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المنافع أموال؛ فالمالكية ذهبوا إلى جواز أن تكون المنفعة رأس مال في السلم، وقد أشرنا إلى أنهم يعتبرون الاستصناع أحد أبواب السلم، جاء في التاج والإكليل: «(وبمنفعة معين) من المدونة: يجوز كون رأس المال منفعة معين»(٢). ونصّ النووي على أن المنافع أموال فقال: «الثاني: ما هو مال، وهو نوعان: أعيان، ومنافع»(٣). وقال البهوتي: «ولأن المنفعة مال متقوم، فوجب ضمانه كالعين»(٤).

وقد أجازت المعايير الشرعية أن تكون المنفعة ثمناً للمستصنع؛ فقد نصت على أنه: «يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد، ويجوز أن يكون نقوداً، أو عيناً، أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه . وهذه الصورة الأخيرة تصلح للتطبيق في حال منح الجهات الرسمية عقود امتياز نظير الانتفاع بالمشروع لمدة معينة (Build Operate Transfer)(٥).

ومع القول بجواز أن تكون المنفعة هي ثمن المستصنع إلا أن هذه المنفعة تكتنفها الجهالة من حيث المدة بما يتناسب وتحقيق عائد يعادل ما تم إنفاقه على المشروع مع ربح متوقع يحقق ما ترنوا إليه الشركة الصانعة.

فحتى لو تم الاتفاق على أن تكون مدة انتفاع الصانع بالمصنوع عشر

(١) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٥/ ٢٣٤

(٢) ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ٦/ ٤٨٠.

(٣) ينظر: روضة الطالبين للنووي ٥/ ١٢.

(٤) ينظر: شرح منتهى الإرادات : دقائق أولي النهى لشرح المنتهى للبهوتي ٢/ ٣٢٠.

(٥) ينظر: المعايير الشرعية معيار الاستصناع رقم [١١] فقرة [١/٢/٣]

سنوات – مثلاً – فإن هذه المدة قد تكون كفيلة بتحقيق العائد المرجو أو أكثر أو أقل، فما العمل عندها؟ الأمر الذي جعل من العقد محتمل أفقده صفة اللزوم وأوهن منه.

وجهالة مقدار الثمن تمنع صحة العقد»[١]. قال السرخسي: «ولو قال أخذته منك بمثل ما أخذ به فلان من الثمن، فإن كان ذلك معلوما عندهما وقت العقد فهو جائز، وإلا كان العقد فاسدا»[٢]. وكذا نص الشيرازي من الشافعية على معلومية الصفة والقدر[٣][٤].

(١) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري للزبيدي ١/ ١٨٧. وشرح مختصر خليل للخرشي ٢٢/٥. والفروع وتصحيح الفروع لابن مفلح ١٦٥/٤.

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٣/ ٧.

(٣) ينظر: المهذب للإمام الشيرازي ٢٦٦/١.

(٤) وإن كان هناك توجه آخر لأهل العلم في مسألة معلومية الثمن وقت العقد ينصّ على جواز أن يكون الثمن ما يقع به التراضي وتنقطع به الخصومة والمنازعة وإن لم يكن محدداً، قال ابن القيم: « اختلفت الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد وصورتها البيع ممن يعامله من خباز أو لحام أو سمان و غيرهم يأخذ منه كل يوم شيئا معلوما ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ويعطيه ثمنه فمنعه الأكثرون وجعلوا القبض به غير ناقل للملك وهو قبض فاسد يجري مجرى المقبوض بالغصب؛ لأنه مقبوض بعقد فاسد ... والقول الثاني وهو الصواب المقطوع به وهو عمل الناس في كل عصر ومصر: جواز البيع بما ينقطع به السعر وهو منصوص الإمام أحمد واختاره شيخنا وسمعته يقول هو أطيب لقلب المشتري من المساومة يقول لي أسوة بالناس اخذ بما يأخذ به غيري قال والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم تركه بل هم واقعون فيه وليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ولا إجماع الأمة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ما يحرمه. وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل كالنكاح والغسال والخباز والملاح وقيم الحمام والمكاري والبيع بثمن المثل كبيع ماء الحمام فغاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل فيجوز كما تجوز المعاوضة بثمن المثل في هذه الصورة وغيرها فهذا هو القياس الصحيح ولا تقوم

وهذه الإشكاليات تثير التساؤل حول مدى تطابق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» مع الاستصناع؟!

أما من حيث تكييفه على أنه إقطاع فإنه يثار إشكاليات حول هذا التوصيف تجعله يباين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «B.O.T» منها: هل هو من باب التمليك أم من باب الاستغلال، وعلى القول بهذا أو ذاك فهل يجوز الإقطاع لشركة قد تكون غير مسلمة؟!

فإقطاع الإمام – ابتداء – لا يكون إلا فيما جاز له أن يتصرف فيه، وقد توسع علماء السياسة الشرعية في تفصيل أمر الإقطاع من السلطان من حيث مفهومه وأنواعه وأحكام كل نوع وكل قسم، منها ما قاله الماوردي: "وإقطاع السلطان مختَصّ بما جاز فيه تصرفه، ونفذت فيه أوامره، ولا يصحّ فيما تعيَّن فيه مالكه وتميَّز مستحقه، وهو ضربان: إقطاع تمليك، وإقطاع استغلال"(١).

وفي الوقت ذاته يكون إقطاعه له في بعض الأنواع التي تعنى بمرافق المسلمين وببيت المال إقطاع انتفاع واستغلال فقط، قال الباجي: «وإذا أقطعه لأحد فإنما يقطعه انتفاعاً لا تمليكاً»(٢).

يؤكد هذا ما نصّ عليه الماوردي(٣) حيث قال: «والضرب الثاني: من العامر

مصالح الناس إلا به». ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٤/ ٤-٥.

(١) ينظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٢٨٣.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي ٤٨٧/١.

(٣) ينظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٢٨٣، ويضرب الماوردي لذلك المثال التالي: « فقد اصطفى عمر بن الخطاب ﷺ من أرض السواد أموال كسرى وأهل بيته، وما هرب عنه أربابه أو هلكوا، فكان مبلغ غلتها تسعة آلاف ألف درهم، كان يصرفها في مصالح المسلمين، ولم يقطع شيئًا منها، ثم إنَّ عثمان ﷺ أقطعها؛ لأنه رأى إقطاعها أوفر لغلتها من تعطيلها، وشرط على من أقطعها إياه يأخذ منه حق الفيء، فكان ذلك منه إقطاع إجازة لا إقطاع تمليك، فتوفَّرت غلتها حتى بلغت على ما قيل: خمسين ألف

ما لم يتعيّن مالكوه ولم يتميّز مستحقوه، وهو على ثلاثة أقسام: أحدها: ما اصطفاه الإمام لبيت المال من فتوح البلاد، إمَّا بحق الخمس فيأخذه باستحقاق أهله، وإمَّا بأن يصطفيه باستطابة نفوس الغانمين عنه ... فهذا النوع من العامر لا يجوز إقطاع رقبته؛ لأنه قد صار باصطفائه لبيت المال ملكًا لكافة المسلمين، فجرى على رقبته حكم الوقوف المؤبَّدة، وصار استغلاله هو المال الموضوع في حقوقه. والسلطان فيه بالخيار على وجه النظر في الأصلح بين أن يستغلَّه لبيت المال كما فعل عمر رضي الله عنه، وبين أن يتخيّر له من ذوي المكنة والعمل من يقوم بعمارة رقبته بخراج يوضع عليه مقدَّر بوفور الاستغلال، ونقصه كما فعل عثمان رضي الله عنه، ويكون الخراج أجرة تصرّف في وجوه المصالح..».

أما من حيث تكييفه على أنه عقد امتياز:

فقد نبه الشيخ عكرمة صبري إلى الفارق بين عقود الامتياز وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» بفارق جوهري وهو "أن عقد الامتياز السابق عبارة عن تنفيذ للمشروع مقابل مال يتفق عليه مع الحكومة، الذي تدفعه إلى منفذ المشروع بشكل مباشر بعد استلامها للمشروع. أما في عقد BOT فإن الشركة تستوفي رأس المال والأرباح من الجمهور في الغالب بالتشغيل والاستثمار خلال المدة التي يتفق عليها"(١).

أما التخريج قياساً على استثمار أموال الوقف، فلا يخرج عن إحدى صور الإجارة أو الجعالة أو المشاركة إلا في صورة القرض، أي أن الجهة صاحبة الامتياز تقرض الجهة المانحة بما يقيم المشروع وتستوفي من تشغيل هذا

ألف درهم، فكان منها صلاته وعطاياه، ثم تناقلها الخلفاء بعده، فلمَّا كان عام الجماجم سنة اثنتين وثمانين في فتنة ابن الأشعث أحرق الديوان وأخذ كل قوم ما يليهم، "

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد [١٩] ٥/ ٧١١، الأمانة العامة للأوقاف ، الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة، ط١، ٢٠١٣م. بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ناهد السيد قدم للدورة (١٩).

المشروع للجمهور وهنا إن استوفت ما يزيد فهو ربا وإلا كان قرضاً حسناً ولا أعتقد أن هناك من سيدفع الملايين أو المليارات قرضاً حسناً إلا نادراً؛ فنلجأ إلى التكييف وفق المشاركة المؤقتة التي هي صيغة تمويلية بالمشاركة في رأس المال كما مرّ.

والذي توصلت له هذه الدراسة – بجهد المقل – أن هذا العقد هو عقد مستحدث له خصائصه ومسوغاته؛ وذلك لعدم انطباقه انطباقاً كلياً مع أي من الصيغ المتقدمة - كما مر- وأبيح لحاجة الدولة لمثل هذه العقود لإنشاء المشروعات الكبيرة والمرافق العامة. وقد اعتبر الشارع الحكيم جنس المصلحة وحاجات الناس أساساً للتشريعات.

فالمتأمل في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية «**B.O.T**» يلمس بوضوح مسيس الحاجة إلى توظيف مثل هذه العقود لتخفيف العبء عن ميزانية الدولة والدفع بعجلة الحركة التجارية وتنشيط الاقتصاد بجلب الاستثمارات الخارجية وكذا الخبرات مع تقليل نسب البطالة التي تكاد تثقل كاهل الدول. وفي نفس الوقت توفر المرافق العامة من طرق وجسور وعابر وموانئ..... الخ.

خلاصة القول: هناك من قال بقياسه على الصور السابقة في الفقه الإسلامي من صيغ العقود التي ذكرناها وهناك من قال بأنه عقد مستحدث ذو خصائص ومميزات تميز بها؛ وسواء كان هذا أو ذاك فإن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "**B.O.T**" عقد مشروع.

وحيث إن هذه الدراسة تؤكد حتى هذه اللحظة أنه «**يمكن لهذه الصيغة من العقود أن تلعب دوراً مهماً**» في التنمية الاقتصادية وتوفير المرافق الأساسية والخدماتية للدولة؛ فهل يجوز للدولة أن تفرض ضرائب أو رسوم لتغطي تكاليف إنشاء هذه المشروعات؛ إذ يتوقف ذلك على إذن الشارع الحكيم بذلك؛ لأن مقتضى هذا النوع من العقود – كما مرّ – أن تستغل «شركة المشروع» – الجهة المنفذة – هذه المشروعات كصيغة استثمارية بالنسبة لها تحقق لها عائد مالي

نتيجة فرضها رسوم استخدام على تلك المرافق طيلة فترة الاستثمار المبرمة مع الحكومة.

المبحث الثاني:
مشروعية توظيف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية «B.O.T» بشكل خاص

توظيفه من قبل الدولة في المرافق العامة لقاء رسوم استخدام الجمهور لها.

هذا هو بيت القصيد ومحور هذه الدراسة، والسبب في نشأة هذا التساؤل هو أن الأصل في إنشاء المرافق العامة أن يكون من واجب الدولة ومن خزينتها وليس على الجمهور. وهنا ينشأ التساؤل: أنه في حال عدم توافر ما يكفي في خزينة الدولة فهل يجوز إنشاء هذه المرافق وتحميل تمويلها على الجمهور وفق نظام الرسوم أو فرض الضرائب؟

أولاً: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة[1]

قال الشاطبي: «وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا»[2]. فاعتبار المصلحة أمرٌ أساس في ابتناء المنظومة التشريعية؛ ولما كانت الدولة هي الراعي لما يحفظ على الناس دينهم ودنياهم فإنها لا تتصرف إلا بما يحقق المصلحة لهم، قال الماوردي: «الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا»[3]. ومن سياسة الدنيا تصرفات ولي الأمر بما يحقق المصالح للأمة ويدفع عنهم المفاسد.

---

(١) التعبير ب: «كأنها» للدلالة على أن لهذا العقد عدة تكيفات وصور ة وليس صورة واحدة.

(٢) ينظر: الموافقات للشاطبي ٢/ ٩.

(٣) ينظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص: ١٥.

وقد قسم علماء أصول الفقه المصالح إلى مراتب منها الضرورية[١]، والتي هي أعظم المقاصد وأجلها، وهي ما كانت لحفظ أمور خمسة: وهي: الدين والنفس والعرض والعقل والمال[٢]. ومنها الحاجية وهي: «ما يُفْتَقَرُ إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب. فَإِذَا لم تراع دخل على المكلفين- عَلَى الجملة- الحرج والمشقة»[٣]. أو هي: «المصالح والأعمال والتصرفات التي لا تتوقف عليها الحياة واستمرارها، بل إذا تُرِكت لا تختل ولا تفسد الحياة الإنسانية، فالحياة تتحقق بدون تلك الحاجيات، **ولكن مع الضيق**»[٤]. فقد جاءت المنظومة التشريعية لتخفف عن الناس وترفع الحرج عنهم قال الحق تبارك وتعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]. وقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

البحث في هذه المسألة يبنى على أساس مراعاة مقاصد الشريعة والنظر إليها في ابتناء أحكام المعاملات المالية كأصل، خاصة فيما استجد من وقائع، أكد هذا التأصيل الإمام الشاطبي حيث قال: «الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني، وأصل العادات الالتفات إلى المعاني»[٥].

---

(١) والضروري يعني: ما لَا بدَّ منه في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إِذَا فُقدت لم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة ينظر: الموافقات للشاطبي ٢/٢٠.

(٢) ينظر: نهاية السول شرح منهاج الوصول، للأسنوي ١/٣٦٤.

(٣) ينظر: الموافقات للشاطبي ٢/٢١، والمهذب في علم أصول الفقه المقارن عبد الكريم النملة ٣/١٠٠٥.

(٤) أو هي: ما يُفْتَقَرُ إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب. فَإِذَا لم تراع دخل على المكلفين- عَلَى الجملة- الحرج والمشقة. ينظر: الموافقات للشاطبي ٢/٢١، والمهذب في علم أصول الفقه المقارن عبد الكريم النملة ٣/١٠٠٥.

(٥) ينظر: الموافقات للشاطبي ٢/ ٥١٣.

أي: الالتفات إلى ما يحقق مصلحة العباد، يقرر الشاطبي هذا بأن الشرع الحكيم قد يمنع في الشيء الواحد من زاوية لوجود مفسدة ويبح نفس الشيء من زاوية أخرى لوجود المصلحة ، ويمثل لهذا بـِ: «الدرهم بالدرهم» فيمنع بيعه نساء للربا ويباح قرضاً، فالشارع الحكيم توسع في بيان العلل والحِكَم في تشريع المعاملات وأكثر ما علل فيها بالمناسب الذي إذا عرض على العقول تلقته بالقبول[١].

فالشارع الحكيم اعتبر ما يحقق مصالح الناس أساساً لابتناء التشريعات خاصة في باب المعاملات؛ قال ابن تيمية رحمه الله: «إن ما احتيج إلى بيعه فإنه يُوَسَّعُ فيه ما لا يُوَسَّعُ في غيره؛ فيبيحه الشارع للحاجة، مع قيام السبب الخاص»[٢].

وقد ظهر هذا الأساس لابتناء الأحكام أيضاً في تشخيص الجويني لتشريع الإجارة حيث قال: "والضرب الثاني: ما يتعلق بالحاجة العامة ولا ينتهي إلى حد الضرورة، وهذا مثل تصحيح الإجارة فإنها مبنية على مسيس الحاجة إلى المساكن مع القصور عن تملكها وضنة ملاكها بها على سبيل العارية، ..."[٣]. والله تعالى أعلم.

والمصالح حاجية - موضوع هذه الدراسة – إذ إن إنشاء المرافق العامة والاهتمام بها من الأمور الحاجية للأمة التي لا تتوقف عليها حياتهم ويمكن التعايش معها بأي شكل من الأشكال لكن مع الضيق والمشقة، فاهتمام الدولة بها بإنشائها ورعايتها من الأمور التي تحقق تسهيلاً في حياة الأمة وتيسيراً وهو عين وحقيقة المصالح الحاجية.

نُقل عن الإمام مالك قوله: «لا تقسم الأرض، وتكون وقفاً يصرف خراجها

(١) ينظر: الموافقات للشاطبي ٢/ ٥٢٠ و ٥٢٣، بتصرف.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/ ٤٨٨.

(٣) ينظر: الجويني، البرهان في أصول الفقه ٢/٧٩.

في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير، إلا أن يرى الإمام في وقت من الأوقات أن المصلحة تقتضي القسمة فإن له أن يقسم الأرض»[١] فأمر إنشاء المرافق العامة مسند للدولة بحسب ما يراه من المصلحة.

وقال ابن حزم فيما يجب على الإمام: «... وعمارة البلدان باعتماد مصالحها وتمهيد سبلها ومسالكها، وتنفيذ ما يتولاه المسلمون من الأموال بسنن الدين من غير اعتساف في أخذها وإعطائها..»[٢].

وقال ابن تيمية: «وأما سائر الأموال السلطانية فلجميع المصالح وفاقا إلا ما خص به نوع كالصدقات والمغنم ... وكذا صرفه في الأثمان والأجور لما يعم نفعه من سداد والثغور بالكراع والسلاح **وعمارة ما يحتاج إلى عمارته من طرقات الناس كالجسور والقناطر وطرقات المياه كالأنهار**»[٣].

وقد صرح أبو يوسف[٤] بأن عمارة المرافق العامة تكون من بيت المال فقال: «وإذا احتاج أهل السواد إلى كرى أنهارهم العظام التي تأخذ من دجلة والفرات كريت لهم، وكانت النفقة من بيت المال».

فكتب الفقه والسياسة الشرعية تطفح بالنصوص التي تعدّ إنشاء المرافق العامة ورعايتها من واجبات الدولة، كما يلحظ في النصوص التي أوردناها آنفاً التنصيص على مشروعات المرافق العامة من طرقات وجسور وغيرها وأنها من واجبات وموارد الدولة المالية بما يتوافر من أموال في خزينتها من مواردها المعتمدة.

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ابن رشد الحفيد ١٦٣/٢.

(٢) نقله عنه ابن رضوان المالقي في الشهب اللامعة في السياسة النافعة ص: ٦٠.

(٣) ينظر: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لابن تيمية (ص: ٤٢).

(٤) في كتابه الخراج ص:١١٠.

وعقد البناء والتشغيل والنقل [**B.O.T**] هو شكل من العقود المستحدثة الذي يمكن أن يلعب دوراً مهماً في تخفيف العبء عن ميزانية الدولة؛ وذلك من خلال توظيفه في إنشاء المشروعات الكبرى المتعلقة بالمرافق العامة والبنى الأساسية والخدماتية في الدولة.

وهنا يظهر التساؤل الشرعي بخصوص مشروعية هذه المسألة من جهة أن المرافق العامة يجب على الدولة تنفيذها وتسخيرها لأفراد الرعية فهل يجوز للدولة أن تتقاضى مقابل استخدام الأفراد لهذه الخدمة رسوماً أو أجرة معينة؟ سواء– الدولة – أو "شركة المشروع" هي الجهة المنفذة.

ولا يقال هنا إن "شركة المشروع" هي شركة خاصة تبذل أموالها استثماراً فمن الطبيعي أن تحقق عائداً من هذا الاستثمار؛ إذ المسألة تعني بالدولة المنوط بها إيجاد وتحقيق هذه البنى والخدمات، فإذا جاز للدولة أخذ رسوم على هذا العمل جاز من باب أولى للشركة – القطاع الخاص – أن تتقاضى تلك الرسوم؟ وهو ما ستتناوله هذه الدراسة في المطلب التالي.

ثانياً: فقه تحميل تكلفة المشروع للجمهور:

تبين في المطلب السابق أن تكلفة إنشاء وتشغيل المرافق العامة ورعايتها يعتبر من الإنفاق العام للدولة، والذي يعني: «مبلغ أو قدر من المال داخل في الذمة المالية للدولة، ويقوم الإمام أو من ينوب عنه باستخدامه في إشباع حاجة عامة وفقا لمعايير الشريعة الإسلامية»[1].

ولكن إذا كانت خزينة الدولة لا تستطيع القيام بهذا العبء لعجز مالي أو لانشغالها بمشروعات أخرى قد لا تقل أهمية بعضها عن بعض؛ فهل من الممكن

(١) ينظر: سلطة ولي الأمر في فرض وظائف مالية «الضرائب» دراسة فقهية مقارنة صلاح الدين عبد الحليم سلطان ص: ١١٨.

تحميله للجمهور وفق نظام عقود البناء والتشغيل والنقل «**B.O.T**»؟

علماً أن المنظومة التشريعية أوضحت الحالات التي يجب فيها على الجمهور مبالغ مالية وأنه من المقرر فقهاً أنه ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف[1]. فهل للدولة أن تفرض بمقتضى سلطتها مبلغا ماليا على الجمهور غير الزكاة لتغطية تكاليف إنشاء وتشغيل المرافق العامة مثلاً؟

مسألة فرض مبالغ مالية سوى الزكاة في أموال الجمهور مسألة مختلف عليها أخذت اتجاهين في بيانها:

الاتجاه الأول: ذهب إلى جواز فرض الدولة – إذا احتاجت – مبلغا مالياً على الجمهور غير الزكاة، مستدلين بأدلة من الكتاب والسنة على النحو الآتي:

١- من القرآن الكريم:

-قول الحق تبارك وتعالى: ﴿۞ لَّيْسَ ٱلْبِرَّ أَن تُوَلُّوا۟ وُجُوهَكُمْ قِبَلَ ٱلْمَشْرِقِ وَٱلْمَغْرِبِ وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ وَٱلْكِتَٰبِ وَٱلنَّبِيِّۦنَ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَٱلسَّآئِلِينَ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ وَٱلْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَٰهَدُوا۟ ۖ وَٱلصَّٰبِرِينَ فِى ٱلْبَأْسَآءِ وَٱلضَّرَّآءِ وَحِينَ ٱلْبَأْسِ ۗ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ صَدَقُوا۟ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُتَّقُونَ ﴿١٧٧﴾﴾ [البقرة:١٧٧].

وقد اختلف أهل التفسير في بيان المراد من قوله: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَٱلسَّآئِلِينَ وَفِى ٱلرِّقَابِ﴾ هل هو حق واجب هو الزكاة ذاتها أم مغاير لها، جاء في تفسير البحر المحيط: «قيل: كان واجبا، ثم نسخ بالزكاة، وضُعِّفَ بأنه جمع هنا بينه وبين الزكاة، وقيل:

(١) هذا التأصيل بهذا اللفظ ينسب لأبي يوسف رحمه الله في كتاب الخراج ص: ٧٨، من باب إحياء الموات.

هي الزكاة، وبين بذلك مصارفها، وضُعِّفَ بعطف الزكاة عليه، فدل على أنه غيرها. قيل: هي نوافل الصدقات والمبار، وضُعِّفَ بقوله آخر الآية: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُتَّقُونَ ﴿١٧٧﴾﴾ [البقرة:١٧٧] : وقف التقوى عليه، ولو كان ندباً لما وقف التقوى... وقيل: هو حق واجب غير الزكاة. قال الشعبي: إن في المال حقا سوى الزكاة وتلا هذه الآية. وقيل: رفع الحاجات الضرورية مثل إطعام المضطر، فأما ما روي على أن الزكاة تنحت كل حق، فيحمل على الحقوق المقدرة. أما ما لا يكون مقدرا ففير منسوخ، بدليل وجوب التصدق عند الضرورة، ووجوب النفقة على الأقارب وعلى المملوك، وذلك كله غير مقدر»[1].

ويظهر من هذا أنهما حقان متغايران بدليل العطف الذي يقتضي المغايرة. قال ابن عاشور: «والآية دالة على الأمر بالإنفاق على هؤلاء والترغيب فيه، وهي في النفقة التي ليست من حق المال أعني الزكاة ولا هي من حق الذات من حيث إنها ذات كالزوجة، بل هذه النفقة التي هي من حق المسلمين بعضهم على بعض لكفاية الحاجة وللتوسعة وأولى المسلمين... فليست هذه الآية بمنسوخة بآية الزكاة، إذ لا تعارض بينهما حتى نحتاج للنسخ...»[2].

وقال الطبري: «لأن ذلك لو كان مالاً واحدًا لم يكن لتكريره معنى مفهوم. قالوا: فلما كان غيرَ جائز أن يقول تعالى ذكره قولاً لا معنى له، علمنا أنّ حكم المال الأول غيرُ الزكاة، وأن الزكاة التي ذكرها بعد غيره»[3].

-قول الحق تبارك وتعالى: ﴿وَأَنفِقُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ١٩٥].

ويفهم من هذا النص القرآني أن حكم الإنفاق المطلوب هنا هو الواجب؛

(١) ينظر: البحر المحيط في التفسير لأبي حيان ٢/ ١٣٤- ١٣٥.
(٢) ينظر: التحرير والتنوير لابن عاشور ٢/ ٣١٨.
(٣) ينظر: تفسير الطبري: جامع البيان ٣/ ٣٤٨.

وذلك بدلالة صيغة الأمر في قوله ﴿وَأَنفِقُواْ﴾ [البقرة:١٩٥] والتي تدل على الوجوب إذا تجردت عن القرائن، بل إن القرائن هنا تؤيد الوجوب، فقد أتبعها الحق تبارك وتعالى بقوله: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة:١٩٥] فجعل الإمساك عن الإنفاق طريقاً إلى التهلكة(١)، وكذلك ختم النص بما يؤيد الوجوب أيضاً وهو دلالة قوله: ﴿وَأَحْسِنُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة:١٩٥] .

ولا يقال هنا إن المقصود بالإنفاق هنا هو الزكاة، فقد جاء في سبب نزول هذه الآية عن الضحاك بن أبي جبيرة قال: كانت الأنصار يعطون ويتصدقون، فأصابتهم سنة، فأمسكوا، فأنزل الله عز وجل: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ١٩٥]»(٢). فلو كانت دلالة اللفظ على الزكاة لما أمسكوا عما علموا وجوبه، ولكن دلالة النص هنا تشير إلى أنهم كانوا يفهمونه على أنه غير الزكاة من الصدقات النافلة فجاء النص ليوضح لهم أنه ليس من الزكاة نعم لأنه لم يستخدم لفظها ولا ما دل عليها ولكنه من الإنفاق الواجب أيضاً. فقد عدّ الشارع الحكيم الإمساك عن النفقة طريق إلى الهلاك؛ فهل يكون هذا في الإنفاق المستحب؟!

«هذا أمر بالإنفاق في طريق الإسلام، فكل ما كان سبيلاً لله وشرعاً له كان مأموراً بالإنفاق فيه وقيل: معناه الأمر بالإنفاق في أثمان آلة الحرب... الأظهر القول الأول، وهو: الأمر بصرف المال في وجوه البر من حج، أو عمرة، أو جهاد بالنفس، أو بتجهيز غيره، أو صلة رحم، أو صدقة، أو على عيال، أو في زكاة، أو

(١) قال الراغب في مفردات غريب القرآن ص: ٥٤٥: «والتهلكة ما يؤدى إلى الهلاك، قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط برقم [٥٦٧١] ٦/ ٢٠. وفي المعجم الكبير للطبراني برقم [٩٧٠] ٢٢/ ٣٩٠، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد برقم [١٠٨٤٨] ٨/ ٣١٧، وقال: «رواه الطبراني في الكبير والأوسط ... ورجالهما رجال الصحيح.

كفارة، أو عمارة سبيل، أو غير ذلك...»[1].

وقد أورد ابن العربي أن الوجوب أحد الأوجه التي احتملها النص؛ حيث قال: « أنها واجبة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]»[2].

-قول الحق تبارك وتعالى: ﴿۞ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَحْبَارِ وَالرُّهْبَانِ لَيَأْكُلُونَ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَيَصُدُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٣٤﴾ يَوْمَ يُحْمَىٰ عَلَيْهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَىٰ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وَظُهُورُهُمْ هَٰذَا مَا كَنَزْتُمْ لِأَنْفُسِكُمْ فَذُوقُوا مَا كُنْتُمْ تَكْنِزُونَ ﴿٣٥﴾﴾ [التوبة: ٣٤، ٣٥].

وهذا النص من النصوص التي يمكن أن يستأنس بها في هذا المقام، فقد قال ابن عاشور: "ومعنى ولا ينفقونها في سبيل الله انتفاء الإنفاق الواجب، وهو الصدقات الواجبة والنفقات الواجبة: إما وجوبا مستمرا كالزكاة، وإما وجوبا عارضا كالنفقة في الحج الواجب، والنفقة في نوائب المسلمين مما يدعو الناس إليه ولاة العدل"[3]. وقد أورد القرطبي نحو هذا الرأي في تفسيره لما عد الآراء في بيان المقصود بالكنز، فقال: «...وقيل: الكنز ما لم تؤد منه الحقوق العارضة، كفك الأسير وإطعام الجائع وغير ذلك»[4].

-قول الحق تبارك وتعالى: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾ [الذاريات: ١٩].

على الرغم من أن هذا النص وارد في سورة مكية أي قبل فرض الزكاة؛

(١) ينظر: البحر المحيط في التفسير لأبي حيان ٢/ ٢٥٠-٢٥١.
(٢) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي ١/ ١٦٥.
(٣) ينظر: التحرير والتنوير ١٠/ ١٧٧.
(٤) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: تفسير القرطبي ٨/ ١٢٦.

إذ الزكاة فرضت بالمدينة. ولم ينشأ في مكة من التكليف بشأن المال شيء إلا أنه روي عن ابن عباس: إنه قال: إنه حق سوى الزكاة يصل به رحماً، أو يقري به ضيفاً، أو يحمل به كلّاً، أو يغني محروماً"[1]. وكذا روي عن مجاهد: ﴿فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ﴾ [المعارج: ٢٤] قال: سوى الزكاة. وعن إبراهيم النَّخَعي قال: كانوا يرون في أموالهم حقًّا سوى الزكاة[2].

من السنة:

١- عن أبي حمزة، عن عامر الشعبي، عن فاطمة بنت قيس، قالت: سألت، أو سئل النبي ﷺ عن الزكاة؟ فقال: «**إن في المال لحقا سوى الزكاة، ثم تلا هذه الآية التي في البقرة:** ﴿لَّيۡسَ ٱلۡبِرَّ أَن تُوَلُّواْ وُجُوهَكُمۡ﴾ [البقرة: ١٧٧] الآية»[3].

إن هذا الحديث يعتبر نص في مسألة فرض شيء في أموال الجمهور سوى الزكاة، ومع أن هناك كلام كثير حول سند هذا الحديث واضطراب متنه إلا أنه يشهد لصحة معناه ما تقدم من نصوص من القرآن تؤكد وجود حق في المال سوى الزكاة. وسيأتي الحديث عن هذا الحديث بالتفصيل في الترجيح.

٢- مما جاء في وقعة الأحزاب أن النبي ﷺ أرسل إلى عيينة بن حصن بن بدر الفزاري، وهو يومئذ رأس المشركين من غطفان، وهو مع أبي سفيان: "**أرأيت إن جعلت لك ثلث ثمر الأنصار أترجع بمن معك من غطفان؟ وتخذل**

(١) ينظر: التفسير المنير للزحيلي ٢٧/ ١٥.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف ٤١١/٢.

(٣) أخرجه الترمذي في سننه كتاب: الزكاة، باب: ما جاء أن في المال حقا سوى الزكاة، برقم (٦٥٩ و٦٦٠) ٤١/٢. قال الترمذي: هذا حديث إسناده ليس بذاك، وأبو حمزة ميمون الأعور يضعف. وروى بيان، وإسماعيل بن سالم، عن الشعبي هذا الحديث قوله، وهذا أصح... وسيأتي الكلام على الحديث بالتفصيل في الترجيح بين الآراء.

بين الأحزاب؟»، فأرسل إليه عيينة: إن جعلت لي الشطر فعلت...»[1].

دلالة الحديث واضحة هنا على فرض مبلغاً مالياً غير الزكاة على أتباعه؛ إذ إن ثمار المدينة لم تكن ملكاً خالصاً لرسول الله ﷺ ولا لبيت مال المسلمين وإنما هي ملك للمسلمين جميعاً، وقد همّ النبي ﷺ أن يصالح بني غطفان على ثلثها، فيكون بهذا قد فرض مبلغاً من المال على أبناء الأمة دون أخذ الإذن الأمر الذي يرتقي بهذا المبلغ إلى درجة الضريبة أو الرسوم؛ فيدل ذلك على جواز أن يفرض الحاكم على الجمهور في غير الزكاة.

مع ملاحظة أمرين:

الأول: وجود الحاجة العامة، وهي دفع أذى الكفار المتكالبين على المدينة وأهلها ورد أذاهم.

---

(١) وقعة الأحزاب بعد وقعة أحد بسنتين، وذلك يوم الخندق ورسول الله ﷺ جانب المدينة، ورأس المشركين يومئذ أبو سفيان، فحاصر رسول الله ﷺ وأصحابه بضع عشرة ليلة، حتى خلص إلى كل امرئ منهم الكرب... فبينا هم على ذلك إذ أرسل النبي ﷺ إلى عيينة بن حصن بن بدر الفزاري، وهو يومئذ رأس المشركين من غطفان، وهو مع أبي سفيان: "أرأيت إن جعلت لك ثلث ثمر الأنصار أترجع بمن معك من غطفان؟ وتخذل بين الأحزاب؟"، فأرسل إليه عيينة: إن جعلت لي الشطر فعلت، فأرسل إلى سعد بن معاذ وهو سيد الأوس، وإلى سعد بن عبادة وهو سيد الخزرج فقال لهما: "إن عيينة بن حصن قد سألني نصف ثمركما على أن ينصرف بمن معه من غطفان، ويخذل بين الأحزاب، وإني قد أعطيته الثلث فأبى إلا الشطر، فماذا تريان؟" قالا: يا رسول الله إن كنت أمرت بشيء فامض لأمر الله فقال رسول الله ﷺ: "لو كنت أمرت بشيء لم أستأمركما، ولكن هذا رأيي أعرضه عليكما" قالا: فإنا لا نرى أن نعطيه إلا السيف قال: "فنعم إذا".
أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في المصنف كتاب المغازي: باب: وقعة الأحزاب وبني قريظة، برقم (٩٧٣٧) ٣٦٧/٥. وبنحوه أخرجه الواقدي في المغازي ٤٧٧/٢. وأورده ابن هشام في السيرة النبوية ١٨٠/٤.

الثاني: توافر شرط خلو الخزينة من الأموال التي يمكن للحاكم أن يوظفها في ذلك دون الفرض على الجمهور؛ ظهر ذلك جلياً نتيجة طبيعية للحصار الذي فرض عليهم ولما استنزفهم منه حفر الخندق والإعداد للمعركة[1].

(١) فعن حميد قال: سمعت أنسا ﷺ، يقول: خرج رسول الله ﷺ إلى الخندق، فإذا المهاجرون والأنصار يحفرون في غداة باردة، **فلم يكن لهم عبيد يعملون ذلك لهم، فلما رأى ما بهم من النصب والجوع**، قال: «**اللهم إن العيش عيش الآخره، فاغفر للأنصار والمهاجره**» فقالوا مجيبين له:

نحن الذين بايعوا محمدا ... على الجهاد ما بقينا أبداً

أخرجه البخاري في صحيحه في المغازي: باب: غزوة الخندق وهي غزوة الأحزاب برقم (٤٠٩٩) ١٠٧/٥.

وفي رواية أخرى: «... يؤتون بملء كفي من الشعير، فيصنع لهم بإهالة سنخة، توضع بين يدي القوم، والقوم جياع، وهي بشعة في الحلق، ولها ريح منتن». أخرجه البخاري في صحيحه في المغازي: باب: غزوة الخندق وهي غزوة الأحزاب برقم (٤١٠٠) ١٠٨/٥. ووقع عنده برقم (٤١٠١) ١٠٩/٥ من حديث عبد الواحد بن أيمن، عن أبيه، قال: أتيت جابرا ﷺ، فقال: إنا يوم الخندق نحفر، فعرضت كدية شديدة، فجاءوا النبي ﷺ فقالوا: هذه كدية عرضت في الخندق، فقال: "أنا نازل". ثم قام وبطنه معصوب بحجر، ولبثنا ثلاثة أيام لا نذوق ذواقا، فأخذ النبي ﷺ المعول فضرب، فعاد كثيبا أهيل، أو أهيم، فقلت: يا رسول الله، ائذن لي إلى البيت، فقلت لامرأتي: رأيت بالنبي ﷺ شيئاً ما كان في ذلك صبر، فعندك شيء؟ قالت: عندي شعير وعناق، فذبحت العناق، وطحنت الشعير حتى جعلنا اللحم في البرمة، ثم جئت النبي ﷺ والعجين قد انكسر، والبرمة بين الأثافي قد كادت أن تنضج، فقلت: طعيم لي، فقم أنت يا رسول الله ورجل أو رجلان، قال: "كم هو" فذكرت له، قال: " كثير طيب، قال: قل لها: لا تنزع البرمة، ولا الخبز من التنور حتى آتي، فقال: قوموا " فقام المهاجرون، والأنصار، فلما دخل على امرأته قال: ويحك جاء النبي ﷺ بالمهاجرين والأنصار ومن معهم، قالت: هل سألك؟ قلت: نعم، فقال: "ادخلوا ولا تضاغطوا" فجعل يكسر الخبز، ويجعل عليه اللحم، ويخمر البرمة والتنور إذا أخذ منه، ويقرب إلى أصحابه ثم ينزع، فلم يزل يكسر الخبز، ويغرف حتى شبعوا وبقي بقية، قال: "كلي هذا وأهدي، فإن الناس أصابتهم مجاعة".

٣- عن المنذر بن جرير، عن أبيه، قال: كنا عند رسول الله ﷺ في صدر النهار، قال: فجاءه قوم حفاة عراة مجتابي النمار[١] أو العباء، متقلدي السيوف، عامتهم من مضر، بل كلهم من مضر، فتمعر وجه رسول الله ﷺ لما رأى بهم من الفاقة، فدخل ثم خرج، فأمر بلالا فأذن وأقام، فصلى ثم خطب فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ﴾ [النساء: ١]. إلى آخر الآية ﴿إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١] والآية التي في الحشر: ﴿ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَلْتَنظُرْ نَفْسٌ مَّا قَدَّمَتْ لِغَدٍ ۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ۚ﴾ [الحشر: ١٨]. «**تصدق رجل من دينار، من درهمه، من ثوبه، من صاع بره، من صاع تمره - حتى قال - ولو بشق تمرة.....**»[٢].

فكأن غضب النبي ﷺ كان قرينة على أن الأمر بالصدقة هنا على محمل الوجوب؛ وذلك لما بالقوم من فاقة، فكان الإنفاق واجبا كل بحسب قدرته إلى أن تحقق الواجب وسدت الحاجة فتهلل وجه النبي ﷺ.

قال محمد بلتاجي عن دلالة هذا الحديث في هذا الباب على الوجوب: «ولو لم يكن غير هذا الحديث دليلاً لكفى.....»[٣].

٤- عن أبي سعيد الخدري، قال: بينما نحن في سفر مع النبي ﷺ إذ جاء رجل على راحلة له، قال: فجعل يصرف بصره يمينا وشمالا، فقال رسول الله ﷺ:

فهل يقال في مثل هذا المشهد أن في خزينة بيت المال شيء؟!

(١) جاء في تطريز رياض الصالحين المبارك الحريملي ص: ١٣٩: «قوله: «مجتابي النمار» هو بالجيم وبعد الألف باء موحدة، والنمار جمع نمرة وهي كساء من صوف مخطط. ومعنى «مجتابيها» ، أي: لابسيها قد خرقوها في رؤوسهم. و «الجوب» : القطع، ومنه قوله تعالى: ﴿وَثَمُودَ ٱلَّذِينَ جَابُواْ ٱلصَّخْرَ بِٱلْوَادِ﴾ [الفجر: ٩] أي: نحتوه وقطعوه».

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه في الزكاة: باب: الحث على الصدقة ولو بشق تمرة، أو كلمة طيبة وأنها حجاب من النار برقم (١٠١٧) (٦٩) ٢/ ٧٠٣.

(٣) ينظر: الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي محمد بلتاجي ص: ١٨٥.

«**من كان معه فضل ظهر، فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان له فضل من زاد، فليعد به على من لا زاد له**»(١). قال: فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رَأَيْنا أنه لا حق لأحد منا في فضل.

قال ابن الجوزي: "[رَأَيْنا]: ظننا. وإنما ظنُّوا لأَنهم رجحوا الوجوب من أمره على الندب»(٢). فها هم الصحب الكرام أقرب الناس لرسول الله ﷺ وأدقهم فهماً لحركاته وسكناته ﷺ قد فهموا الوجوب لا الندب. وهذا ما أكده صاحب شرح العقبي؛ حيث قال : "والحاصل أن الوجوب لا يختصّ بالزكاة فقط، بل هناك واجبات تتعلّق بالمال..."(٣).

٥- عن عائشة ، أن رسول الله ﷺ قال: «**ليس بالمؤمن الذي يبيت شبعانا وجاره جائع إلى جنبه**»(٤).

وما يستدل به لأصحاب هذا الاتجاه هذا البيان، الذي تظهر فيه صورة الوجوب جلية؛ إذ نفى ﷺ عمن لم يلتزم بهذا البيان فلم يسد حاجة جاره المحتاج صفة الإيمان تشنيعاً على تركه ذلك، والتشنيع على الترك من أمارات

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه في اللقطة: باب: استحباب المؤاساة بفضول المال، برقم (١٧٢٨) (١٨) ٣/ ١٣٥٤.

(٢) كشف المشكل من حديث الصحيحين لابن الجوزي ٣/ ١٧٨.

(٣) ذخيرة العقبى في شرح المجتبى للإثيوبي الوَلَّوِي ٢٢/ ١١٩.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين برقم (٢١٦٦) ٢/ ١٢ من حديث عائشة رضي الله عنها. وسكت عنه الذهبي.
وأخرجه البخاري في الأدب المفرد برقم (١١٢) ص: ٥٩ من حديث ابن الزبير رضي الله عنه.
وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير برقم (٧٥١) ١/ ٢٥٩ من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.
وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد برقم (١٣٥٥٤) ٨/ ١٦٧ من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه وقال: رواه الطبراني والبزار، وإسناد البزار حسن.

الوجوب؛ جاء في فيض القدير[1] معللاً التشنيع: «لإخلاله بما توجه عليه في الشريعة من حق الجوار وتهاونه في فضيلة الإطعام التي هي من شرائع الإسلام سيما عند حاجته وخصاصته».

الاتجاه الثاني: ذهب إلى عدم جواز فرض الدولة – إذا احتاجت – مبلغاً مالياً على الجمهور غير الزكاة، مستدلين بأدلة منها:

١- وروي من طريق أبي حمزة، عن عامر الشعبي، عن فاطمة بنت قيس، أنها سمعته - تعني - النبي ﷺ يقول: «**ليس في المال حق سوى الزكاة**»[2].

فهذا الحديث بمنطوقه يدل على عدم وجوب مال في مال المواطنين غير ما أوجبه الله تعالى من الزكاة، بل إن هذا الحديث نصّ في هذه المسألة سواء احتاجت الدولة أو كان في خزائنها ما يكفي.

قال النووي: «فقال الجمهور: المراد به الزكاة وأنه ليس في المال حق سوى الزكاة وأما ما جاء غير ذلك فعلى وجه الندب ومكارم الأخلاق ولأن الآية إخبار عن وصف قوم أثنى عليهم بخصال كريمة فلا يقتضي الوجوب»[3].

٢- ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك**»[4].

---

(١) ٥/ ٤٥٨.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب: الزكاة، باب: ما أدي زكاته ليس بكنز، برقم (١٧٨٩) ١/ ٥٧٠. **وسيأتي الكلام عليه بالتفصيل في الترجيح بين الآراء.**

(٣) ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم المسمى: المنهاج ٧/ ٧١.

(٤) أخرجه الترمذي في سننه كتاب: الزكاة، باب ما جاء إذا أديت الزكاة فقد قضيت ما عليك، برقم (٦١٨) ٢/٦، وابن ماجه في سننه كتاب: الزكاة، باب: ما أدي زكاته ليس بكنز، برقم (١٧٨٨) ١/ ٥٧٠. وقال الترمذي: حديث غريب. وأشار الحافظ إلى ضعفه في التلخيص الحبير ٢/ ٣١٢.

استند من قال بعدم وجوب مال سوى الزكاة بهذا الحديث على مذهبه، فإن منطوق الحديث ينص على أن ما يجب على المسلم فقط هو الزكاة لا غير، ولا يخرج الحديث عن وجه الاستدلال هنا عما يمكن أن يوجه به ما بعده من الأدلة.

٣- ما روي عن خالد بن أسلم، قال: خرجنا مع عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فقال أعرابي: أخبرني عن قول الله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكْنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [التوبة: ٣٤] قال ابن عمر رضي الله عنهما: «من كنزها، فلم يؤد زكاتها، فويل له، إنما كان هذا قبل أن تنزل الزكاة، فلما أنزلت جعلها الله طهرا للأموال»[(١)].

وما روي عن عطاء، أن أم سلمة كانت تلبس أوضاحاً من ذهب، فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقالت: أكنز هو؟، فقال: «**إذا أديت زكاته فليس بكنز**»[(٢)].

فكلا النصين السابقين يشيران إلى أنه ليس في المال حق سوى الزكاة، فمتى أديت الزكاة طَهُرَ المال، قال الشنقيطي[(٣)]: «... ولا شك أن هذا القول

وأخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين برقم [١٤٣٩] ١/ ٥٤٧، من حديث جابر بن عبد الله، عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أديت زكاة مالك فقد أذهبت عنك شره» وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، وشاهده صحيح من حديث المصريين". يقصد حديث أبي هريرة المتقدم الذي ضعفه الترمذي وابن حجر. ينظر: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير لابن الملقن ٥/ ٤٨٠.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الزكاة: باب: ما أدي زكاته ليس بكنز ، برقم [١٤٠٤] ٢/ ١٠٦.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه برقم [١٩٥٠] ٢/ ٤٩٦، والحاكم في المستدرك على الصحيحين برقم [١٤٣٨] ١/ ٥٤٧، وقال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري، ولم يخرجاه،

(٣) في أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ٢/ ١١٦.
جاء في المسالك في شرح موطأ مالك للمعافري الإشبيلي ٤/ ٥٢: «الكنز» في لسان العرب

أصوب الأقوال ; لأن من أدى الحق الواجب في المال الذي هو الزكاة لا يكوى بالباقي إذا أمسكه ; لأن الزكاة تطهره..».

٤- عن أبي هريرة ﷺ: أن أعرابيا أتى النبي ﷺ، فقال: دلني على عمل إذا عملته دخلت الجنة، قال: «**تعبد الله لا تشرك به شيئا، وتقيم الصلاة المكتوبة، وتؤدي الزكاة المفروضة، وتصوم رمضان**» قال: والذي نفسي بيده لا أزيد على هذا، فلما ولى، قال النبي ﷺ: «**من سره أن ينظر إلى رجل من أهل الجنة، فلينظر إلى هذا**»(١).

فهذا الحديث يشير إلى أنه لا مفروض سوى الزكاة وإلا لما أقره الرسول ﷺ على زعمه الاكتفاء بما ورد بالنص دون الإشارة إلى ما يمكن أن توجبه الدولة ضمن سلطاتها التقديرية التي منحها الشارع.

وبالجملة فقد قال ابن عبد البر(٢) بعد أن أورد سائر الأدلة السابقة: «وفي هذا كله دليل على أن المال ليس فيه حق واجب سوى الزكاة وأنه إذا أديت زكاته فليس بكنز».

هو المالُ المجتمعُ المخزونُ فوقَ الأرضِ أو تحتها، هذا معنى ما ذَكَرَهُ صاحب «العين» وغيره، ولكنّ الاسم الشّرعيّ قاضٍ على الاسم اللُّغَويّ، فكلُّ كَنْزٍ مجتمع وليس كلّ مجتمع كنزٌ، هذا في الشَّرْعِ يطرد وينعكس، ويطرد في اللُّغة ولا ينعكس.وأمّا ما عليه الفقهاء، فعلى ما فَسَّرَهُ ابن عمر وعليه الجماعة؛ أنّه المال الّذي لا تؤدَّى زكاته، يريد أنّ هذا الاسم يختصُّ به في الشّرع؛ لأنّ أصل الكنز الجمع، وكلّ ما جمع فهو كَنْزٌ، ولكن الشّرع قد قرَّرَ هذا الاسم عنده لمن جمع المال على وَجْهِ منع الحقِّ فيه، وعليه ينطلقُ قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكْنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلْفِضَّةَ﴾ الآية، فَتَوَعَّدَهُم تعالى على مَنْعِ الحقِّ، ولا يجوز أنّ يتوعَّدَهم على جَمْعِ مالٍ قد أُدِّيَتْ زكاتُه؛ لأنّه لا خلافَ بين المسلمين في جَوازِ ذلك».

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الزكاة: باب: وجوب الزكاة ، برقم [١٣٩٧] ٢/ ١٠٥، ومسلم في صحيحه في الإيمان: باب: باب بيان الإيمان الذي يدخل به الجنة، وأن من تمسك بما أمر به دخل الجنة برقم (١٥) (١٤) ١/ ٤٤.

(٢) في الاستذكار ٣/ ١٧٥.

الترجيح:

يظهر من خلال النظر في أدلة كلا الفريقين أن ما ذهب إليه فريق المجيزين أظهر؛ وذلك لقوة أدلتهم وتماشيها مع مقاصد الشرع وحثه على تماسك المجتمع وتعاضده، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: من حيث الأدلة التي استدلوا بها وعمدة الباب حديث: «ليس في المال حق سوى الزكاة» نفياً وإثباتاً، فمع ضعف الروايتين إلا أن أغلب أهل العلم رجحوا رواية الإثبات على رواية النفي لعلة التصحيف في رواية النفي.

فحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها يوصف بأنه نص في المسألة وقد جاء من طريق أبي حمزة، عن عامر الشعبي، عن فاطمة بنت قيس، قالت: سألت، أو سئل النبي ﷺ عن الزكاة؟ فقال: «**إن في المال لحقا سوى الزكاة، ثم تلا هذه الآية التي في البقرة: ﴿۞ لَّيْسَ ٱلْبِرَّ أَن تُوَلُّوا۟ وُجُوهَكُمْ﴾ [البقرة: ١٧٧] الآية**»[٣].

وروي من طريق أبي حمزة، عن عامر الشعبي، عن فاطمة بنت قيس، أنها سمعته -تعني- النبي ﷺ يقول: «**ليس في المال حق سوى الزكاة**»[٤].

فمن حيث ضعف الروايتين فقد قال ابن الملقن: «هذا الحديث قال فيه البيهقي في «سننه» : أصحابنا يروونه في تعاليقهم، لست أحفظ له إسناداً. وقال النووي في «شرح المهذب» : هذا حديث ضعيف جدا لا يعرف... قلت -القائل

(٣) أخرجه الترمذي في سننه كتاب: الزكاة، باب: ما جاء أن في المال حقا سوى الزكاة، برقم (٦٥٩ و٦٦٠) ٤١/٢. قال الترمذي: هذا حديث إسناده ليس بذاك، وأبو حمزة ميمون الأعور يضعف. وروى بيان، وإسماعيل بن سالم، عن الشعبي هذا الحديث قوله، وهذا أصح...

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب: الزكاة، باب: ما أدي زكاته ليس بكنز، برقم (١٧٨٩) ١/ ٥٧٠، وسيأتي الكلام عليه بالتفصيل في الترجيح بين الآراء.

ابن الملقن-: وكذا أخرجه الطبراني في «أكبر معاجمه» سواء، وينبغي أن يعلم أن هذا الإسناد بعينه قد روي به حديث (في ضد) هذا المعنى وهذا لفظه: «إن في المال حقا سوى الزكاة» رواه الترمذي من حديث فاطمة بنت قيس، وقال: هذا حديث ليس إسناده بذاك، وأبو حمزة ميمون الأعور يضعف. قال: ورواه بيان وإسماعيل بن سالم عن الشعبي قوله، وهذا أصح. وقال الدارقطني في «علله» : يرويه رجلان ضعيفان. وقال البيهقي عقب مقالته السالفة: وروي في معناه أحاديث منها: حديث فاطمة بنت قيس «أنها سألت النبي ﷺ -أو قالت: سئل- عن هذه الآية: ﴿فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ﴾ [المعارج: ٢٤] قال: «إن في المال حقا سوى الزكاة» وتلا هذه الآية: ﴿لَّيۡسَ ٱلۡبِرَّ أَن تُوَلُّواْ وُجُوهَكُمۡ﴾ [البقرة: ١٧٧] إلى قوله تعالى: ﴿وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ١٧٧]. ثم قال: وهذا حديث يعرف بأبي حمزة ميمون الأعور كوفي، وقد جرحه أحمد ويحيى فمن بعدهما من حفاظ الحديث...»[1].

وقد رجح الشيخ أحمد شاكر أن يكون وقع تصحيف في لفظ الحديث حيث قال: «ووقع لفظ الحديث في ابن ماجه مغلوطًا، بنقيض معناه. بلفظ: «ليس في المال حق سوى الزكاة»! وهذا خطأ قديم في بعض نسخ ابن ماجه. وحاول بعض العلماء الاستدلال على صحة هذا اللفظ عند ابن ماجه، كما في التلخيص الحبير للحافظ ابن حجر، وشرح الجامع الصغير للمناوي، ولكن رواية الطبري الماضية برقم [٢٥٢٧] وهي من طريق يحيى بن آدم، التي رواه منها ابن ماجه: تدل على أن اللفظ الصحيح هو ما في سائر الروايات. ويؤيد ذلك أن ابن كثير نسب الحديث للترمذي وابن ماجه، معًا، ولم يفرق بين روايتهما، وكذلك صنع النابلسي في ذخائر المواريث، إذ نسبه إليهما حديثًا واحدًا. ويؤيد أيضًا أن البيهقي، بعد أن رواه قال: «والذي يرويه أصحابنا في التعاليق: ليس في المال حق سوى الزكاة - فلست أحفظ فيه إسنادًا. والذي رويت في معناه ما قدمت ذكره». ولو كان في ابن

(١) ينظر: البدر المنير لابن الملقن ٥/ ٤٧٨ - ٤٧٩.

ماجه على هذا اللفظ، لما قال ذلك، إن شاء الله»[1].

قال القرطبي: «والحديث وإن كان فيه مقال فقد دل على صحته معنى ما في الآية نفسها من قوله تعالى: ﴿وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ١٧٧] فذكر الزكاة مع الصلاة، وذلك دليل على أن المراد بقوله: تعالى: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ﴾ [البقرة: ١٧٧] ليس الزكاة المفروضة، فإن ذلك كان يكون تكرارا، والله أعلم. واتفق العلماء على أنه إذا نزلت بالمسلمين حاجة بعد أداء الزكاة فإنه يجب صرف المال إليها. قال مالك رحمه الله: يجب على الناس فداء أسراهم وإن استغرق ذلك أموالهم. وهذا إجماع أيضا»[2].

وعلى فرض صحة كلا الروايتين فإنه يمكن حل التعارض بينهما بحمل الموجبة على عدم وجود المال لدى الدولة وبحمل المانعة على وجود المال في خزينة الدولة وهو المطلوب. قال المناوي: «...بطريق الأصالة، وقد يعرض ما يوجب فيه حقا كوجود مضطر، فلا تناقض بينه وبين الخبر المار: «**إن في المال حقا سوى الزكاة**» لما تقرر أن ذلك ناظر إلى الأصل وذا ناظر إلى العوارض، وقد مر غير مرة أن جواب المصطفى ﷺ قد يختلف ظاهرا باختلاف السؤال والأحوال فزعم التناقض قصور وكون علة الخبرين واحدة وسندهما واحد غير قادح عند التأمل»[3].

---

(١) ينظر: تفسير الطبري المسمى جامع البيان عند الحديث (٢٥٣٠) ٣/ ٣٤٣.

(٢) تفسير القرطبي ٢/ ٢٤٢.

(٣) ينظر: فيض القدير ٣٧٥/٥. والتنوير شرح الجامع الصغير للأمير الصنعاني ٩/ ٢٦٠.. قال في القبس في شرح موطأ مالك بن أنس للمعافري الإشبيلي ص: ٤٦٢: «فإنما ذلك ابتداء فأما العوارض والطوارىء فقد تتعين الحقوق في الأبدان بالنصرة للمظلومين ودفع الظالمين زائدا على الجهاد، وفي الأموال بإغناء المحتاجين وفك الأسرى من المسلمين، وقد قال مالك، رضي الله عنه: يجب على كافة الخلق أن يفكوا الأسرى ولو لم يبق لهم درهم».

ثانياً: من حيث المؤيدات الشرعية للقول بالجواز فمنها:

١- ما ثبت من واجبات مالية غير الزكاة بالنص قال ابن حزم: «قال أبو محمد: ومن قال: إنه لا حق في المال غير الزكاة فقد قال: الباطل، ولا برهان على صحة قوله، لا من نص ولا إجماع، وكل ما أوجبه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الأموال فهو واجب ونسأل من قال هذا: هل تجب في الأموال كفارة الظهار والأيمان وديون الناس أم لا فمن قولهم: نعم، وهذا تناقض منهم، وأما إعارة الدلو وإطراق الفحل فداخل تحت قول الله تعالى: تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧]»[(١)].

٢- ما روي عن بعض الصحابة الكرام – خاصة من كان منهم في موقع السلطة – من قولهم بهذا، منهم:

١. ما روي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: "لو استقبلت من أمري ما استدبرت لأخذت فضول أموال الأغنياء فقسمتها على فقراء المهاجرين"[(٢)].

٢. ما روي عن علي ﷺ أنه قال: "إن الله تعالى فرض على الأغنياء في أموالهم بقدر ما يكفي فقراءهم، فإن جاعوا أو عروا وجهدوا فمنع الأغنياء، وحق على الله تعالى أن يحاسبهم يوم القيامة، ويعذبهم عليه"[(٣)].

٣- قاعدة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[(٤)]:

---

(١) ينظر: المحلى بالآثار لابن حزم ٣/ ٦٨٦.

(٢) رواه ابن حزم في المحلى بالآثار ٦/ ١٥٨. وقال: «هذا إسناد في غاية الصحة والجلالة».

(٣) المرجع السابق.

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر للإمام تاج الدين السبكى ٢/ ٩٠. وينظر في الربط بين القاعدة والمسألة: سلطة ولي الأمر في فرض وظائف مالية «الضرائب» لصلاح سلطان ص: ٢٢٤.

فإذا كان من واجبات الدولة أن تمهد الطرقات وتوفر المرافق العامة للجمهور وكان لا يتم هذا الواجب إلا بفرض شيء من المال على الجمهور لقاء استخدامه واستغلاله من قبلهم لعدم كفاية خزينة الدولة لإنشاء تلك المشروعات فإن فرض تلك الرسوم يصبح واجباً.

وما يمكن أن يستعان به هنا من القواعد الفقهية قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات[1]، والأصل أن الأخذ من أموال الناس بغير ما نصت عليه الشريعة الغراء محظور؛ لحرمة الملكية الخاصة، فلم يبح إلا لضرورة.

فإذا ما قال قائل وهل تُوصف المرافق العامة بأنها من الضرورات؟ فيجاب: بأنها على فرض أنها ليست من الضرورات فإنها لا تقل عن كونها من الحاجيات التي لا تتوقف عليها حياة الإنسان إلا أنها تضطرب وتكون في ضيق، والقاعدة تقول: الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة[2]؛ عليه فإن إنشاء المرافق العامة من الحاجيات التي إذا عجزت خزينة بيت المال فرض لأجلها في أموال الجمهور شيئاً.

تأسيساً على ما مضى فإن هذه الدراسة ترى أن فرض شيء في أموال الجمهور لإنشاء المرافق العامة حال عجزت خزينة بيت المال هو أمر مشروع.

ولكن يبقى السؤال: وفق أي مسمى سيكون هذا الأخذ؟ ضريبة. أجرة. رسوم.

فرع: مسمى ما تتقاضاه شركة المشروع من الجمهور

إن شركة المشروع ستتقاضى من الجمهور لقاء تقديم الخدمة لهم على مدار فترة تعاقدها مع الدولة مبلغاً من المال يفي لها بما دفعته لقاء إنشاء أو

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للإمام تاج الدين السبكى ١/٥٥.

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٧٨.

إدارة المشروع يحقق لها مربحاً معيناً يوازي ما لو كانت ملكية هذا المشروع لها.

إن المصطلحات الحديثة المتعلقة بما تتقاضاه الدولة – أو شركة المشروع – من أفراد الرعية يتردد بين: الضريبة . الرسوم. الأجرة. فما مدلول كل منها؟ وأي منهم يصلح لأن يكون مسمى لما يُتقاضى؟

أولاً الضريبة: واحدة الضرائب؛ وهي: التي تؤخذ في الإرصاد[١] والجزية ونحوها[٢]. أو: ما يفرض على المِلْك والعمل والدخل للدولة وتختلف باختلاف القوانين والأحوال[٣].

وفي لغة الاقتصاديين: رسوم تفرضها حكومة على دخل الأشخاص والشركات وعلى السلع والخدمات[٤]. أو هي: أي مبلغ تفرضه سلطة حكومية مختصه على الأشخاص والممتلكات وتحصله بهدف جمع المال لتغطية النفقات الحكومية[٥].

---

(١) تعني: مركز لجنود الجمارك المكلفون بحراسة الطرق والمحافظة على أمنها وجباية المكوس، ومن هذا أصبحت كلمة مكس تدل على ضريبة المرور. ينظر: تكملة المعاجم العربية رينهارت بيتر آن دُوزِي ١٥٢/٥.

(٢) ينظر: تاج العروس ٢٤٩/٣.

(٣) ينظر: المعجم الوسيط ٥٣٧/١. وجاء في معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء نزيه حماد ص: ٢٨٩: «ومن الملاحظ أن مصطلح «ضريبة» قليل الاستعمال في كلام الفقهاء، وأنّ مرادفاته الدارجة على ألسنتهم وفي مصنفاتهم هي: «الكلف السلطانية» و«النوائب» و«الوظائف» و«الخراج» و«العشور» و«المغارم» و«المكوس».

(٤) ينظر: معجم الاقتصاد المعاصر تحسين التاجي الفاروقي ص:٤٣٨.

(٥) ينظر: معجم مصطلحات الاقتصاد المال وإدارة الأعمال نبيه غطاس ص: ٣٩٥. وإلى هذا ذهب نزيه حماد في معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص: ٢٩٠؛ حيث قال هي: «المقدار من المال الذي تلزم الدولة الأشخاص بدفعه لها من أجل تغطية النفقات العامة للدولة، وتحقيق تدخلها في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، دون أن يقابل ذلك نفع معيّن لكلّ مموّل بعينه».

فهي بالنتيجة ما تفرضه الدولة سواء بمسوغ أو غير مسوغ كأحد موارد الدولة المالية، فما تفرضه على دخل الأفراد والشركات أو على السلع من ضريبة مبيعات مما ليس له مقابل تبذله الدولة له؛ إلا أن يقال: بدل تنظيم السوق، وهذا مستبعد، فمثل هذه الضرائب تشكل رافدا من الروافد المالية للدولة.

والمعيار في فرض الضرائب أنه: لا يجوز فرض الضريبة إلا في مال نام متجدد حتى تكون الضريبة من ثمرة المال ولا تكون من عوامل نقص أصله؛ حتى قال بعضهم: ما يؤخذ من الثمرة ضريبة وما يؤخذ من الأصل نهب وسلب، ولا يجوز أن تستنفذ الضريبة كل الثمرة حتى لا يشعر الفرد بأنه إنما يعمل لغيره فيذهب نشاطه[1].

عليه يستبعد أن ما تفرضه الدولة على استخدام المرافق العامة والبنى الأساسية والخدماتية أن يكون من باب الضرائب، لأن ما تفرضه في هذا الباب له ما يقابله وهو الانتفاع بشيء ما مقابل ما يدفعه الفرد[2].

ثانياً الرسوم: جمع رسم، وهو: مالٌ تفرضه الدَّولة نظير خدمة تقدمها

(١) ينظر: السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية عبد الوهاب خلاف ص: ١١٧.

(٢) تجد الإشارة إلى أن هناك نظريتين في تحديد الأساس في فرض الضرائب، هما:
أولاً: نظرية العقد الاجتماعي: فمن يؤصّل الضرائب وفق نظرية العقد الاجتماعي يرى أن فرض الضرائب تراضي الأفراد على أن يؤدي كل واحد منهم للحكومة جزءًا من ماله في مقابل قيامها بحماية الأجزاء الباقية وتمتعه بماله وحقوقه في ظل هذه الحماية، فالضريبة في رأي هؤلاء معاوضة أساسها التراضي.
ثانياً: نظرية الولاية العامة للدولة: فهناك من يرى أن فرض الضرائب بموجب ما للحكومة بمقتضى وظيفتها من الولاية العامة التي تخولها إلزام الأفراد بدفع جزء من مالهم لتقوم بمصالحهم من توطيد الأمن وتأمين البلاد من العدوان... ينظر: السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية عبد الوهاب خلاف ص: ١١١

للأفراد «دفَع رسمَ النظافة»[١]. وبوَّابة الرُّسوم: بوَّابة تمنع المرور إلى أن تدفع رسم المرور. رسم الدخول: رسم أو ضريبة محدّدة لامتياز خاصَّة للمرور على جسر أو طريق. أو هي: ضريبة، عشر، خراج[٢].

وفي الاصطلاح: جاء في معجم المصطلحات أنه من مصطلحات علم المالية الحديث ويعني: «مبلغ من المال يجبيه أحد الأشخاص العامة جبراً من الفرد، لقاء خدمة يؤديها له»[٣].

وهذا اللفظ غير مستعمل في مصطلح الفقهاء بهذا المعنى.

وفي لغة الاقتصاديين: أجرة تدفع لقاء خدمات تؤدى، خصوصاً لقاء خدمات مهنية وخدمات حكومية. أو مقابل الانتفاع بمرافق أو امتيازات حكومية[٤].

ثالثاً الأجرة: بالضم : الكراء، والجمع أُجَر؛ كغرفة وغرف، وربما جمعوها: أجرات بفتح الجيم وضمها، والمعروف في تفسير الأجرة: هو ما يعطى الأجير في مقابلة العمل[٥].

اصطلاحاً: فيطلق الأجر غالبا: على العوض الذي يدفعه المستأجر للمؤجر في مقابل المنفعة المعقود عليها. وهو في عقد الإجارة بمنزلة الثمن في عقد البيع[٦].

وفي لغة الاقتصاديين: عوائد عوامل الإنتاج كالأجور والرواتب والرسوم

(١) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصرة أحمد مختار عبد الحميد عمر وآخرون ٢/ ٨٩٠.
(٢) ينظر: تكملة المعاجم العربية رينهارت بيتر آن دُوزِي ١٣٨/٥.
(٣) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء نزيه حماد ص: ٢٣٠.
(٤) ينظر: معجم مصطلحات: الاقتصاد. المال. وإدارة الأعمال نبيه غطاس ص: ٢٢٢.
(٥) ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي مادة [أ ج ر].
(٦) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء نزيه حماد ص:٢٥.

والعمولات والأرباح والريع وتوزيعات الأرباح والمزايا المستحقة[١]. أو هي: الدخل المستحق نتيجة القيام بعمل أو تأدية خدمة[٢].

تأسيساً على ما مضى فهما – أي: الرسم والأجر - بمعنى واحد إن لم يكن الأجر أعم فيشمل ما تفرضه الدولة لقاء خدمة أو مصلحة أو منفعة كما يشمل ما يكون بين الأفراد والمؤسسات، بمعنى أنه يوظف على الصعيد الرسمي وعلى الصعيد الخاص. أما الرسم فجرى العرف المالي الحديث في توظيفه فيما تفرضه الدولة لقاء الانتفاع بمرفق أو مصلحة أو غير ذلك.

فالفرق بين الضرائب والرسوم:

أن الضرائب تكليفات ماليّة إجبارية على الأفراد وغالباً لا يكون مقابلها منفعة أو انتفاع للفرد، وهي نوع من أنواع التضامن الاجتماعيّ بين سكان الدولة، وأحد الموارد الماليّة للدول، إذ تسدّ احتياجاتها، وتغطية نفقاتها، بالتظافر مع باقي الموارد الماليّة.

أما الرسوم فهي المبالغ التي يدفعها الأشخاص بشكل إلزامي لقاء حصولهم على خدمات معيّنة، وبتاء عليه يجب أن يكون الرسم يوازي الخدمة المقدمة وفق معالجة حسابية معينة عند أهل الاختصاص؛ لأن الرسوم أساساً سداداً لتكلفة الخدمة المقدمة.

والذي يظهر من خلال هذه الدراسة بعد هذا العرض الموجز أن ما تأخذه الدولة - إن جاز لها - سيكون من قبيل الرسوم والأجرة لا من قبيل الضرائب.

مع أن عبد الوهاب خلاف[٣] يرى أن إصلاح الطرق مما يفرض من

(١) ينظر: معجم الاقتصاد المعاصر تحسين التاجي الفاروقي ص: ١٧٥-١٧٦.

(٢) ينظر: معجم مصطلحات الاقتصاد المال وإدارة الأعمال نبيه غطاس ص: ١٨٩.

(٣) في كتابه : السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية عبد الوهاب خلاف ص: ١١١.

الضرائب؛ حيث قال: «وإصلاح طرق مواصلاتها وري أرضها وكل ما تقتضيه مرافق الحياة فيها. فالضريبة في رأي هؤلاء فرض إلزامي تفرضه الحكومة على الأفراد بما لها من السلطان الذي كسبته بالتزامها تدبير المصالح العامة».

ولعل الشيخ استخدم اللفظ على عمومه دون أن يتوقف عند ما يقصد به الضريبة بمعنى الضريبة أو الرسوم ، والله تعالى أعلم.

الخاتمة

من خلال هذه الرحلة في سبر غور هذا العقد والبحث عن جوهره توصلت هذه الدراسة إلى نتائج وتوصيات هلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج: تكمن أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة في الآتية:

١- عقد البوت [**B.O.T**] يمثل المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات - وطنية كانت أم أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص وتسمى [شركة المشروع] - وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية.

٢- عقد البوت [**B.O.T**] هو البديل الذي يحفظ هيبة الدولة من الاقتراض محلياً أو خارجياً لإنشاء المشاريع الحيوية من البنى التحتية والمرافق العامة؛ إذ تتولى شركة المشروع تمويل إنشاء أو إدارة تلك المشروعات دون أن تتحمل خزينة الدولة أدنى عبء. وفي الوقت ذاته يتحقق المراد من وجود المرافق العامة والخدمات والبنى التحتية

٣- عقد البوت [**B.O.T**] جائز من الناحية الشرعية.

ثانياً: التوصيات: إن أهم ما يمكن أن توصي به هذه الدراسة هو الآتي:

١- توظيف عقد البوت [**B.O.T**] في المشروعات العامة والخاصة للتقليل من حجم البطالة لما فيه من تشغيل للأيدي العاملة والتي غالباً ما تكون وطنية.

٢- التوسع في تفعيل دور عقد البوت [**B.O.T**] في جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الخارجية ؛ بهدف التكسب وتحقيق الربح.

٣- استغلال عقد البوت [**B.O.T**] في تنفيذ مشروعات البنى التحتية وما تتطلبه الحياة المجتمعية من مشروعات تحقق العيش الكريم للمواطنين.

المصادر والمراجع

١. الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء، صححه وعلق عليه : محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ٢٠٠٠م.

٢. الأحكام السلطانية للماوردي، دار الحديث القاهرة.

٣. أحكام القرآن لابن العربي. علَّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ٢٠٠٣م

٤. الاختيار لتعليل المختار مجد الدين أبو الفضل الحنفي. تعليق: محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي – القاهرة، ١٩٣٧ م

٥. الأدب المفرد للبخاري، تحقيق: علي عبد الباسط مزيد، وعلي عبد المقصود رضوان، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط١، ٢٠٠٣م.

٦. الاستذكار لابن عبد البر. تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م.

٧. أسنى المطالب في شرح روض الطالب للأنصاري، تحقيق: محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م.

٨. الأشباه والنظائر للإمام تاج الدين السبكى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩١م.

٩. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع، بيروت، ١٩٩٥مـ.

١٠. إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة، ١٩٦٨م

١١. أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك للدردير، مكتبة أيوب، كانو، نيجيريا، ٢٠٠٠م.
١٢. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني. تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت.
١٣. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للقونوي، تحقيق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤م.
١٤. عقود الامتياز منشور بحث ضمن دراسات المعايير الشرعية، النص الكامل للبحوث والدراسات التي قدمت تمهيداً لإعداد المعايير الشرعية [١-٥٤] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان، الرياض، طبعة جديدة.
١٥. البحر المحيط في التفسير لأبي حيان، تحقيق: صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٠هـ.
١٦. بدائع السلك في طبائع الملك ، تحقيق: د. علي سامي النشار، وزارة الإعلام، العراق، ط١.
١٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٨٦م.
١٨. البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرين، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ٢٠٠٤م.
١٩. البناية شرح الهداية للعيني. دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م.
٢٠. البهجة في شرح التحفة للتسولي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٨م.
٢١. تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي تحقيق: مصطفى حجازي وآخرون، التراث العربي: سلسلة يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، دولة الكويت، ط١، ٢٠٠١م.

٢٢. التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م

٢٣. التحرير والتنوير لابن عاشور. الدار التونسية للنشر – تونس. ١٩٨٤م.

٢٤. تطريز رياض الصالحين المبارك الحريملي، عبد العزيز بن عبد الله بن إبراهيم الزير آل حمد، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ٢٠٠٢م.

٢٥. تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية محمد الجعبري، دار النفائس، عمان، ط١، ٢٠١٢م.

٢٦. تفسير الطبري المسمى جامع البيان للإمام الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م.

٢٧. التفسير المنير للزحيلي. دار الفكر المعاصر، دمشق، ط٢، ١٤١٨هـ

٢٨. تكملة المجموع شرح المهذب للسبكي والمطيعي، دار الفكر، بيروت.

٢٩. تكملة المعاجم العربية رينهارت بيتر آن دُوزِي، نقله إلى العربية وعلق عليه: محمد سَليم النعَيمي، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، ط١، ١٩٧٩م.

٣٠. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني، تحقيق: حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، ط١، ١٩٩٥م.

٣١. التنوير شرح الجامع الصغير للأمير الصنعاني. تحقيق: محمد إسحاق محمد إبراهيم، مكتبة دار السلام، الرياض، ط١، ٢٠١١م.

٣٢. تهذيب الكمال في أسماء الرجال للمزي، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط١، ١٩٨٠م.

٣٣. الجامع الصحيح سنن الترمذي ، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٨ م.

٣٤. مجموع الفتاوى لابن تيمية، تحقيق: أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، ط٣ ، ٢٠٠٥م.

٣٥. الجوهرة النيرة على مختصر القدوري للزبيدي، المطبعة الخيرية، ط١، ١٣٢٢هـ.

٣٦. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت.

٣٧. حاشية الصاوي على الشرح الصغير أحمد الصاوي – مطبوع بهامش الشرح الصغير–، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت. ط١، ١٩٩٥م.

٣٨. الحاوي الكبير للماوردي، تحقيق: علي معوض وعادل أحمد ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٩م.

٣٩. دراسة الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات الاستثمارية شقيري موسى وأسامة سلام. دار المسيرة، عمان، ط٣، ٢٠١٣م.

٤٠. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام علي حيدر، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٩٩١م

٤١. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات للبهوتى، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٩٩٣م.

٤٢. ذخيرة العقبى في شرح المجتبى للإثيوبي الوَلَّوِي . دار آل بروم للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣م.

٤٣. الذخيرة للقرافي، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

٤٤. رد المحتار على الدر المختار : حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٩٢م.

٤٥. روضة الطالبين للنووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط٣، ١٩٩١م

٤٦. سلطة ولي الأمر في فرض وظائف مالية «الضرائب» دراسة فقهية مقارنة صلاح الدين عبد الحليم سلطان، تقديم محمد بلتاجي، دار سلطان للنشر، أمريكا، ٢٠٠٤م.

٤٧. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤١٨هـ.

٤٨. السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية عبد الوهاب خلاف دار القلم، الطبعة: ١٤٠٨ هـ- ١٩٨٨م

٤٩. السيرة النبوية لابن هشام في السيرة النبوية، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، دار الجيل، بيروت، ١٤١١هـ.

٥٠. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لابن سالم مخلوف. علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٣م.

٥١. شرح النووي على صحيح مسلم المسمى: المنهاج. دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ط٢، ١٣٩٢

٥٢. شرح حدود ابن عرفة الرصاع التونسي المالكي ، المكتبة العلمية، ط١، ١٣٥٠هـ

٥٣. شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بيروت.

٥٤. شرح منتهى الإرادات : دقائق أولي النهى لشرح المنتهى للبهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٩٩٣م

٥٥. شركة المساهمة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي (تأسيس. إجراءات . نشاط) فتحي زناكي، دار النفائس، عمان، ط١، ٢٠١٢م. .

٥٦. الشهب اللامعة في السياسة النافعة لابن رضوان المالقي، تحقيق: علي سامي النشار، دار الثقافة، الدار البيضاء – المغرب، ط١، ١٩٨٤م.

٥٧. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط٤، ١٩٨٧م .

٥٨. عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير؛ إعداد الباحث: هارون خلف عبد الدلو، كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية ، غزة، ٢٠١٥م.

٥٩. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام د. جابر جاد نصار. دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٢م.

٦٠. فيض القدير، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط١، ١٣٥٦هـ.

٦١. القاموس لمحيط للفيروز آبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط٨، ٢٠٠٥م.

٦٢. قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد نزيه حماد، دار القلم دمشق، ط١، ٢٠٠١م.

٦٣. الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

٦٤. كتاب الخراج لأبي يوسف، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد وسعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث.

٦٥. لجامع لأحكام القرآن: تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط٢، ١٩٦٤م.

٦٦. لسان العرب لابن منظور، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤ هـ.

٦٧. المبدع في شرح المقنع لابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٧م

٦٨. المبسوط للسرخسي ، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م.

٦٩. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ابن رشد الحفيد، دار الحديث، القاهرة ، ٢٠٠٤ م.

٧٠. مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد [١٩] ، الأمانة العامة للأوقاف، الشارقة، ط١، ٢٠١٣م. مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بالشارقة ٢٠٠٩م.

٧١. المحكم والمحيط الأعظم ابن سيده، المحقق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م.

٧٢. المحلى بالآثار لابن حزم. تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

٧٣. المدونة الإمام مالك، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٤م.

٧٤. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان قدري باشا، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ط٢، ١٨٩١م.

٧٥. المسالك في شرح موطأ مالك للمعافري الإشبيلي، اعتنى به: محمد بن الحسين السُّليماني وعائشة بنت الحسين السُّليماني، قدَّم له: يوسف القرضاوي، دار الغَرب الإسلامي، بيروت، ط١، ٢٠٠٧م. «

٧٦. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي المكتبة العلمية، بيروت.

٧٧. المصنف في الأحاديث والآثار لابن أبي شيبة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد – الرياض، ط١، ١٤٠٩هـ.

٧٨. المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان، الرياض، طبعة جديدة.

٧٩. معجم الاقتصاد المعاصر تحسين التاجي الفاروقي. مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط١، ٢٠٠٩م.

٨٠. معجم اللغة العربية المعاصرة أحمد مختار عبد الحميد عمر وآخرون. عالم الكتب، بيروت، ط١، ٢٠٠٨م.

٨١. معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ط١، ٢٠٠٨م.

٨٢. معجم مصطلحات الاقتصاد المال وإدارة الأعمال نبيه غطا. مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط١، ١٩٨٠ .طبعة جديدة ٢٠٠٠م.

٨٣. مفردات غريب القرآن للراغب الأصفهاني : تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية – دمشق بيروت، ط١، ١٤١٢هـ.

٨٤. الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي محمد بلتاجي، دار السلام، القاهرة، ط١، ٢٠٠٧م.

٨٥. المهذب في علم أصول الفقه المقارن عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٩٩٩م.

٨٦. المهذب للإمام الشيرازي، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٣م.

٨٧. الموافقات للشاطبي، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط١، ١٩٩٧م

٨٨. الموسوعة العربية العالمية ، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض، ط٢، ١٩٩٩م.

٨٩. الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط٢، ١٩٨٦م.

٩٠. نحو نظام نقدي عادل: دراسة للنقود والمصارف والسياسة النقدية في ضوء الإسلام لمحمد عمر شابرا، ترجمة: سيد محمد سكر، مراجعة: رفيق المصري، دار البشير للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ط٢، ١٩٩٠م.

٩١. نظام البناء والتشغيل والتحويل **B.O.T** أمل نجاح البشبيشي، بحث ضمن سلسلة: جسر التنمية سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية. تصدر عن المعهد العربي للتخطيط بالكويت. العدد الخامس والثلاثون نوفمبر /تشرين الثاني ٢٠٠٤ السنة الثالثة.

٩٢. نهاية السول شرح منهاج الوصول، للأسنوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٩م.

٩٣. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات للقيرواني، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٩م.

٩٤. والفروع وتصحيح الفروع لابن مفلح، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ.

٩٥. الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، منذر قحف، دار الفكر المعاصر بيروت، إعادة ط٢، ٢٠٠٦م.

مجلة البحث العلمي الإسلامي

مجلــة إسلاميَّــة علميَّــة مُحكَّمــة تعنــى بالبحــوث والدراســات الإسلاميــة
تصدر كل ستة أشهر مؤقتاً - لبنان - طرابلس

مجلة
البحث العلمي الإسلامي

مجلة إسلاميَّة علميَّة مُحكَّمة تعنى بالبحوث والدراسات الإسلامية
تصدر كل ستة أشهر مؤقتاً - لبنان - طرابلس

invested them in other projects and simultaneously built the infrastructure of the state without bearing any cost.

What is the nature of such contracts? How are they suitable for the Islamic Regulation? In which fields these contracts can be applicable? How far it is legal to utilize these contracts by the state in public utilities? The study hereof shall answer all these questions.

In this field, few writings have been conducted but there is still chance to conduct more studies that may add or achieve any outcome.

This study was conducted in an introduction, preamble, two objects of research and a conclusion. The introduction included the title of the study, its problem and significance. The preamble on the other hand stated the concept of [Build-Operate-Transfer] contract, its nature, constituent elements and forms. Meanwhile the first object or research came up to set the legal adaptability and the second object to set the fields in which this contract can be utilized and the state range of authority in its utilization in the construction of public facilities. Then the research is concluded by the achieved outcomes and recommendations.

Introduction

The condition of the state treasury weighed against the projects required to be executed in the state needs to be studied so as to give priority for one part over the other or to put off something till further notice or to cancel some of the projects listed in the agenda of government strategy plan with all its assisting and aiding parties.

In order to execute the projects listed within the state public utilities program and the basic services to facilitate the natural daily community flow, then the state treasury may become overburdened, and this forces it to seek for internal indebtedness from companies and banks or external indebtedness either from the International Monetary Fund or other countries. In both cases, there shall be negative consequences borne by the state for it is no secret to anybody what the internal debt means bringing about usurious interest and etc… as well as the external debt, especially from the International Monetary Fund which controls the internal and external policy of the state and may even go beyond to interfere in the system of laws and regulations which consequently shall make the state lose its prestige and entity.

Since this is a public issue, that is, not relevant to a certain country, both law and economic thinkers started reviewing the regulations and methodologies relevant thereto and sought for methods to take the edge of the burden on the state treasury or limit it by developing and modernizing such laws and methods or replacing them to achieve the aspired aim.

With this regard, they have come up with concluding contracts authorizing the private sector to execute the state infrastructure projects and benefit from them for a certain period of time then hand them over to the state knowing that the earned revenues in that period shall be given to the private sector companies which executed the projects thereof. These contracts are referred to as [Build-Operate-Transfer] contracts.

In this case, the state preserved its financial resources or even

3

Recruitment of construction, operation and transport contract in the establishment and management of public utilities

Prepared by:

Dr./ Ahmed Al-Jazzar Bushnak

Professor of Islamic jurisprudence and its origins

Asmaria Islamic University - Libya

1439 e - 2018

Second topic: Controls of permissibility in medical secret disclosing and situations in which it is allowable to disclose them. It has three sub-topics, as follows:

First sub-topic: Report infectious diseases.

Second sub-topic: Report births and deaths.

Third sub-topic: Report to prevent committing a crime.

Third topic: Satisfaction and its impact on medical secrets disclosing. It has three sub-topics, as follows:

First sub-topic: Concept of satisfaction in language and terminology.

Second sub-topic: Satisfaction conditions in Islamic Fiqh.

Third sub-topic: Satisfaction in secret disclosing.

Conclusion: It includes the most important research results and recommendations.

is no proof so more than ALLAH's, Glorified and Sublime be He, words: "If you [have reason to] fear from a people betrayal, throw [their treaty] back to them, [putting you] on equal terms. Indeed, ALLAH does not like traitors." (Verse meaning of Al-Anfal 58), His words, The Almighty: "Indeed, ALALH defends those who have believed. Indeed, ALLAH does not like everyone treacherous and ungrateful." (verse meaning of Al-Hajj 38).

2- Islamic Fiqh is considered as the most dignified sciences in degree and the most precious standing and honorable position, because it keeps rights and selves, and clarify Halal and Haram practically. It is one of prophets' and messengers' functions.

3- This subject contributes in treating one lesion of contemporary society lesions, which has penetrate due to staying away from the Holy Quran and Nobel Sunnah, it is disclosing secrets generally and disclosing secrets of patients by physicians particularly.

4- Intending to clarify what is done by Islamic jurists of successful effort in illustrating the secret preservation ensuring right keeping and protecting human honors and selves.

For this importance, I asked help from ALLAH, the Almighty, to write this research, which has come in introduction, preamble, three topics, and conclusion as follows:

Introduction: It contains the research title, and reasons of selecting this subject and its importance.

Preamble: It includes illustration of research title vocabulary, as follows:

- Secret in language and terminology.
- Medicine in language and terminology.
- Patient in language and terminology.

First topic: legality of secret keeping and its Islamic ruling.

It has three sub-topics, as follows:

First sub-topic: Privacy in human life and its Islam perspective.

Second sub-topic: Secret keeping in Islamic law.

Third sub-topic: Ruling of secret disclosing in Islam law.

Introduction

All praise is due to ALLAH, Lord of the worlds, and prayers and peace be upon the most honorable messenger, our master, Mohammad and upon his family, companions, and who followed them with good to the Day of Judgment.

After that…

Islamic law has come in integrated principles ensuring the ALLAH's slaves benefits, preventing evil and corruption from them, maintaining their rights, and taking care of their sacred rites, and protecting their blemish and loins. Islamic law has superiorly looked after protecting and preserving of personal rights, however these freedoms are not absolute without restriction or limitation, but the Islamic law has put controls for them maintaining others' sacred rite, and preserving security and stability of the society.

There is no doubt that Islam recognizes and admits the right of human to preserve their privacy, and not to assault it, either by espionage, or visual or audio tracking, and not to disclose secrets of the person, or otherwise harming the private human life. Islam has allocated for such overtaking penalties, which would deny the person's justice who has commit these crimes, or in modern words: to their loss of consideration, because these crimes forms disruption of the society structure.

There is no doubt that disclosing medical secrets of the patient by the physician treating them is considered as crime of the most villainous crimes because it has exploiting of the human weakness of the patient for any exploiting purpose. So, Islamic law has the contribution in criminalize this disgraceful act.

Reasons of selecting this subject and its importance:

1- To clarify the greatness of Islamic law in keeping secrets and to be prohibited for any trial of violating their sacred rites and privacy. There

2

Islam perspective On protection medical secrets of the patient

Prepared by:

Dr./ Kamal Al-Zahran

Abstract

The researcher discusses the jurisprudential rulings for marrying orphaned girls. and the researcher was exposed to the meaning of orphan. and he who lost his father before puberty. and then spoke about the opinion of the jurists in marrying orphaned girls. where the researcher sees that a guardian other than the orphan's father can let her marry. provided that a competent spouse free of defects. as scholar theme option for orphan or dissolution of marriage accepted after puberty. and that its legitimate option to continue the marriage after learning it after puberty or opposed it. and then turn to the judge to avoid the marriage Contract Keywords: marriage. orphaned girls. legitimate option.

1

Marriage of orphans girls in Islamic jurisprudence

Dr Hassan Taisir Abdul Rahim Shammout

Associate professor of religious judiciary /

Department of Islamic Jurisprudence

College of Sharia-Jerash University

Jordan

contract in the construction and management of public utilities.

This research significantly aims at the activation of this contract so as to enable our government to make use of it in a world full of huge amounts of public dept. By the implementation of this contract, many benefits can be achieved including;

1. Cost-saving for the state treasury and minimizing the public dept.
2. Providing service, developmental and operational projects for both citizens and country.
3. Enriching the activity of investment companies which in turn shall enrich the labor market and reduce unemployment.

All we seek by conducting and publishing such researches is to serve and strengthen our society based on detailed considerations subject to university standards making scientific research more likely to be right.

We pray to Allah to let others benefit from these researches as He [alone] is worthy [of this plead] and is able to bring this pass.

May Allah bless our prophet Mohammad, his Family and Followers.

personal affairs is that law leaves the case to the discretion of the judge whilst Islamic legislation leaves the decision to the legal custodian (Wali) who bears the bigger responsibility of his daughter or granddaughter or his sponsored as he shall bear their shame and infamy. Therefore, he was appointed to choose what's good for her and prevent what's harmful. This is the reason why these cases were referred to as "Personal Status" as they remain connected to people. An individual and its custodian is of better knowledge of their interest than the judge.

Islam linked marriage to the concept of lust, whilst law linked it to the legal age as if it is an act of getting a driving license or demanding the right to vote.

Seculars consider marriage for young girls when it is necessary as domestic violence so that it would be more powerful to enforce their opinion and impose communities to accept their immature view. By their flagrant interference in people's personal status, they reveal their false call for liberty and protecting people from being domineered. They rather domineered people's liberty and want to issue judgments relevant to their perspective with no consideration for all human needs in accordance with their communities!!

The Second Research:

The Islamic opinion about protecting the medical secrets. The researcher stressed the human right in keeping his personal affairs and secrets especially when it is relevant to medical issues.

Keeping people's secrets relevant to their own personality if these secrets are either medical or social is indisputable. However, we find some means of mass media seek nothing but revealing people's issues, defects, misdeeds or even their secrets. In this case, they are not committed to the work ethics. Officers in-charge should interfere to control media and prevent the revealing of defects and misdeeds for which covering is better than revealing.

The Third Research:

Deployment of [Build-Operate-Transport 'transporting ownership']

Introductory

written by chief editor

All thanks is to Allah, whom we seek His help and forgiveness. We seek refuge in Allah from whatever evil our hearts conceal and from the consequences of our evil deeds. Whoever Allah grants guidance will never be led astray. Whoever He leads astray will never find guidance. I attest that none is worthy of worship except Allah, who has no partners, and that Mohammad is His slave and Messenger.

Having said that, this is the twenty ninth edition issued by the coming of Shawwal and Eid Al-Fitr. The magazine is at its thirteenth anniversary. We all pray to Allah to return these blessing days with a change in the reality of this nation, moving toward glory and dignity.

Again we ask Allah - the Almighty - to match the advancement in the magazine's age with the advancement in the scientific research in its planning and outcomes and to apply these outcomes rather than being only kept as ink on papers.

In this edition, three researches are published as below;

The First Research:

Marriage of Orphan Girls in Islamic Jurisprudence. Orphan here refers to young aged girls. Seculars classify such kind of marriage as domestic violence.

When Islamic religion allows marrying young ladies, it is not being made a basis for marriage since marriage is originally for mature ladies, but as the basis of legislation is considering all needs, Islamic legislation considered the need of the young ladies to marry if necessarily needed either to achieve benefit or to prevent harm.

Considering needs is included in positive legislation as in a lot of cases when law rules to allow marriage for a young girl in an extrajudicial manner after a decision is taken by the court in the Advisement Chamber. However, the difference between the positive law and the Islamic legislation in the

The Islamic Academic Quest Journal
Publication Guidelines

In the course of providing an opportunity to scholars and searchers to benefit from academic quests and searches, the journal's management is delighted to publish the submitted researches provided that:

1. The research is specialized in a scholarly issue, or an Islamic calamity – a current case accident.
2. The research should be characterized by its academic elements, originality, and seriousness, with authentication of: sources, Hadiths, and verses of Quran.
3. The research should be new and not previously published; it also should not be an extract of a thesis.
4. Works should not exceed 48 pages nor fall behind 16.
5. Paper size should be of an A4, with font size = 16, and a font style of (Traditional Arabic).
6. The work marked by the previously mentioned characteristics should be sent on a CD-Rom to the journal's address.
7. The writer will enclose an English translated abstract of one to two pages.
8. An introduction of the author should be provided alongside his detailed personal address.
9. Works are evaluated by arbiters before publication. The author will be notified about the result of this evaluation.

Please note that:

- It is not necessary that the journal will adopt and publish every work it receives.
- Typescripts of rejected researches will not be returned to their authors.
- Views expressed in the journal represent those of the writers.

Professoriate Consultative Members

Prof. Dr. Mubarak Ibn Saif Al-Hajiri
Dean of Faculty of Sharia'h in Kuwait University

Prof. Dr. Bassam Khodor Al-Shatti
A Professor in the Faculty of Sharia'h - Kuwait University

Prof. Dr. Mahmoud Abboud Harmoush
A Professor in Jinan University - Lebanon

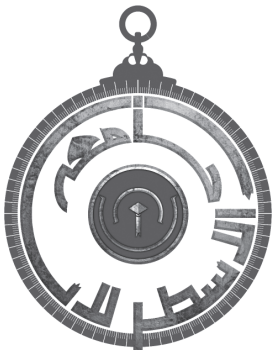
Prof. Dr. AAsem Ibn Abdullah Al Karyuti
A Professor in Muhammad Ibn So'ud Islamic University - Riyadh

Prof. Dr. Omar Abd-Assalam Tadmury
A formerly Professor in the Lebanese University

Dr. Mahmoud Mohammad AL-Kabesh
Professor of Fundamentals of Islamic Jurisprudence at Umm Al Qura University

- - - - -

In addition to the cooperation of
Professors from the Islamic and the Arabic world



A periodical, Published by **The Central Office For Islamic Quest Journal**

Supervisor General and Editor-in-Chief
Prof. Dr.
Saad Ad Deen Ibn Muhammad El-Kibbi

Editorial Manager (Doctorate stage)
Dr.
Mahmoud Ibn Safa Saiad Al-Okla

correspondence may be addressed to:
Editor-in-Chief
P.O.Box: 208 Tripoli - Lebanon

Tel-Fax: 009616471788
E-mail: albahs_alalmi@hotmail.com

Order Of Payments To: Bank Al-Barakah - Tripoli - Lebanon - Account No. : 13903

مجلة البحث العلمي الإسلامي

مجلة إسلامية علمية محكمة

The Central Office for Islamic Academic Quest

An Islamic Arbitral Periodical (Temporarily Issued Every Six Months)

The Islamic Academic Quest Journal

A Periodical Published by:
The Central Office for Islamic Academic Quest

Thirteen years | 1439H / 2018 | Issue No. 29