

المالية سواء قام هو بتوريقها في البورصة، أو من خلال ما تدفعه الشركة المتخصصة مقابل ما تشتريه من ديون، بما يتيح للبنك منح قروض جديدة وتوظيفات أخرى متشابهة.

يحول التوريق الأصول غير السائلة إلى سائلة، ويعالج مشكلة عدم التوافق في الاستحقاقات بين الأصول والخصوم من خلال تخفيف وضع المديونية بتحويل هذه الديون إلى جانب رأس المال في الميزانية، وهو ما يتيح للبنوك إخراج هذه القروض من ميزانياتها، وبالتالي مساعدتها في تحقيق معدلات كفاية رأس المال، كما يساهم في علاج قصور القدرة التمويلية للمؤسسات ذات القاعدة الرأسمالية المنخفضة، وتنشيط السوق الأولية في بعض القطاعات مثل العقارات والسيارات وبطاقات الائتمان وغيرها، بالإضافة إلى رفع معدل دوران وكفاءة الدورة المالية وتنويع مخاطر الائتمان للأصول، وتوفير التمويل طويل الأجل، وتقليل تكلفة التمويل من خلال تفعيل اقتصاديات الحجم، وتوسيع قاعدة الممولين والمستثمرين المؤسسين، وكذلك تنشيط سوق المال من خلال تنويع المعروض فيها، وإيجاد منحى عائد للسندات التجارية، وتحسين هيكل المعلومات في السوق، لما تتطلبه عملية التوريق من العديد من الإجراءات ودخول العديد من المؤسسات في عملية الإقراض، مما يوفر المزيد من المعلومات في السوق.

إن كانت بدت هذه محاسن لنظام التوريق، فمن ناحية أخرى، فالتوريق لا يخلو من مخاطر تصاحبه، مثل مخاطر الائتمان ومخاطر الضمان ومخاطر الإفلاس، سواء للمصدر أو للحاصلين على القروض، ومخاطر السوق، ومخاطر مؤسسية للجهات العاملة في مجال التوريق، ومخاطر تقلب أسعار الفائدة، ومخاطر الإسراع في السداد والتعجيل في الوفاء بالقروض، بالإضافة إلى مخاطر عدم تماثل المعلومات.

ترجع الجذور الفعلية للتوريق إلى صدور القانون الوطني للإسكان في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٣٤، الذي سمح بالتأمين على ديون الرهن العقاري الصادرة عن مقترضين غير حكوميين وسمح بتأسيس هيئة الرهن العقاري.

منذ فترة السبعينات من القرن الماضي ازداد الاهتمام بنشاط التوريق من خلال بيع قروض الرهن العقاري، وبحلول الثمانينات زاد حجم سوق الأوراق المالية المضمونة بأصول عقارية، حيث اعتمدت قروض الإسكان في الولايات المتحدة الأمريكية Home Mortgage على إبرام اتفاق بين الراغبين في شراء المنازل للسكن فيها وبين مؤسسة مالية للإقراض، وبمقتضى الاتفاق يحصل كل فرد على قرض لشراء منزل مع سداد قيمته على أقساط شهرية ورهن العقار لصالح المؤسسة المعنية.

لا تنتظر المؤسسة الممولة حتى تاريخ الاستحقاق لاستعادة قيمة القرض، بل إنها تصدر في مقابلها صكوكاً قابلة للتداول ومضمونة بتلك القروض، وتستخدم حصيلة القروض من فوائد وأقساط في خدمة الصكوك التي تم إصدارها، وتحقيقاً للسهولة في هذه الصكوك عادة ما يصدر الصك بقيمة اسمية صغيرة، كما قد يؤمن عليه من قبل مؤسسة تأمين، وفي حالة فشل المقترض مشتري العقار في الوفاء بما عليه من التزامات، تقوم مؤسسة التأمين بسداد مستحقات الصك، على أن تقوم ببيع العقار والحصول على مستحقاتها^{٢٦١٣}.

لم تقتصر عملية التوريق على ذلك بل شهد عام ١٩٨٢ نقلة نوعية في التوريق مع تفجر أزمة الديون الخارجية في العديد من دول العالم الثالث، وتوقف العديد من هذه الدول عن سداد ديونها وفي مقدمتها المكسيك، وقد تم حل هذه المعضلة من خلال التوريق بتحويل الديون الخارجية إلى سندات، وتم مبادلة القسم الأكبر من ديون المكسيك بسندات لمدة ثلاثين عاماً وتمويل من صندوق النقد والبنك الدوليين، وذلك مقابل تنفيذ المكسيك لبرنامج إصلاح اقتصادي متفق عليه.

عرفت مصر نشاط التوريق من خلال قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١، الذي بموجبه يجوز للمول أن يحيل حقوقه الناشئة عن اتفاق التمويل إلى إحدى الجهات التي تباشر نشاط وتلتزم الجهة المحال إليها بالوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية التي تصدرها في تواريخ استحقاقها من حسيبة الحقوق المحالة.

هناك جزئية تتعلق بطبيعة التوريق، قد تؤثر على تكييف الحوالة كبيع حقيقي للحقوق لم يتطرق إليها المشرع المصري بشكل صريح، ألا وهي الفائض من عملية التوريق بعد تمام سداد السندات من أصل وعوائد، وقد نأشد أستاذنا الدكتور أحمد وشاحي المشرع المصري بالتدخل والإقرار صراحة بحق شركة التوريق في هذا الفائض أو على الأقل تقرير حظر أن يؤول الفائض للمحيل^{٢٦١٤}، كونه قد باع حقوقه المحالة بشكل صريح إلى شركة التوريق.

لا تقوم الشركة الدائنة صاحبة الأصول المسيلة -وفي الغالب تكون بنكاً- بالاستثمار في التوريق بذاتها وإنما في العادة تحيل حقوق التوريق إلى شركة مختصة هي من يشتري حقوق التوريق ويستثمر فيها بضمان الأصول التي تم إصدار وثائق التوريق عليها، يطلق على هذه الشركة اسم كيان الغرض المخصوص، أو ناقل الغرض المخصوص Special Purpose Entity / Vehicle ويطلق عليها اختصاراً SPV/SPE^{٢٦١٥}، ومن مزايا ذلك أن المالك المحيل للحق إن كان بنكاً على سبيل المثال فأفلس، فإن الديون المتعلقة بحقوق التوريق والتي صارت ملكاً للشركة الجديدة ذات الغرض المخصوص التي تم إنشاؤها بغرض التوريق فقط، لا تدخل هذه الديون في تقيسة البنك إذ أنها بالتنازل تكون قد خرجت من ذمته، ومن ثم فإن المكتتبين في سندات التوريق لن يعانون من مزاحمة الدائنين الآخرين للبنك، بخلاف لو كان البنك قد قام بنفسه بتوريق الديون فإنه سيظل مالكاً لمحظة الديون، وبالتالي فستدخل في تقيسته وسيترحم المكتتبون مع دائني البنك الآخرين^{٢٦١٦}.

لذلك تسلتزم معظم الأنظمة القانونية اللاتينية والأنجلوسكسونية ضرورة التنازل عن الديون التي تم توريقها إلى تلك الشركة الخاصة التي تم إنشاؤها لذلك الغرض لحماية المكتتبين، وفي نفس الوقت تشديد الرقابة على الديون التي يمكن إخفاؤها بما يعتبر ثغرات محاسبية accounting loopholes، قد تؤدي إلى عواقب وخيمة كذلك التي أدت إلى إفلاس شركة Enron عام ٢٠٠١^{٢٦١٧}.

٢٦١٤ د أحمد فاروق وشاحي، المصدر السابق ص ٢٤١

٢٦١٥ investopedia.com/terms/s/spv.asp

٢٦١٦ د سامي عبد الباقي أبو صالح، تعارض المصالح في الأنشطة الخاضعة لقانون سوق رأس المال المصري الواقع والحلول، مرجع سابق، ص ١٣٩

٢٦١٧ Todd Haberly, The Enron Bankruptcy Chapter ١١ Reorganization, Forbes Online ٣ December ٢٠٠١

ثانياً: الاستحواذ Acquisition

تعريف الاستحواذ

هو شكل من أشكال إعادة التنظيم، حيث تستولي شركة قائمة على جميع الحقوق والصلاحيات والالتزامات لشركة أو أكثر من الشركات السالفة التي يجري تصفيتها^{٢٦١٨}.

كما يعني، نقل السيطرة الفعلية على الشركة محل الاستحواذ إلى المستحوذ، ومحصلته نقل ملكية أصول الشركة المستهدفة أو أسهم مالكيها إلى المستحوذ على نحو يمكنه من سيطرته على تسيير شؤونها^{٢٦١٩}، وذلك يقتضي أنه قد لا تنتقل السيطرة القانونية التي تبلغ ٥١% من أسهم الشركة إلى المستحوذ، بل إن نسبة أقل من ذلك قد تمكن المستحوذ من السيطرة فعلياً على الشركة المستحوذ عليها وعلى قراراتها.

يأتي ذلك عن طريق انتقال ملكية أسهم الشركة محل الاستحواذ إلى المستحوذ، وهي طريقة من طرق تداول الأوراق المالية في البورصة، وهو لا يتحقق بمجرد عملية شراء أسهم أو سندات أو أوراق مالية أخرى أو حقوق التصويت، بل يستلزم أن يكون ذلك بقصد السيطرة الفعلية على الشركة المستهدفة، ومن أجل تقنين الاستحواذ والسيطرة عليه.

تكون للمستحوذ أغراض كثيرة من بينها أن يرغب في توسيع نشاطه الأصلي أو إدخال نشاط آخر، والسيطرة على السوق المحلية أو أسواق أخرى قد تمارس نفس النشاط، والدخول إلى أسواق جديدة لا يمكن الدخول إليها إلا عبر الاستحواذ كالسيطرة على بنوك في دولة أجنبية من العسير افتتاح النشاط فيها بشكل مبتدأ، وقد يكون الاستحواذ هو صفقة رابحة بشكل مباشر يحقق المصلحة بمجرد شراء أسناد الشركة.

لكن الاستحواذ قد يؤثر سلباً على حرية المنافسة، إذ قد يؤدي إلى خروج منافسين من السوق المعنية، حيث حاز المستحوذ على الحق في الاحتكار، وهو ما يجب التصدي له بشكل خاص عبر تنظيمه في قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، فالقانون المصري الخاص بذلك رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥، لم يعطه الاهتمام الكافي، واكتفى بناء على تعديل المادة ١٩ من القانون المذكور بمقتضى القانون رقم ١٩٠ لسنة ٢٠٠٨، بالزام الأشخاص الذين يتجاوز رقم أعمالهم السنوي في آخر ميزانية مائة مليون جنيه بإخطار جهاز المنافسة لدى اكتسابهم لأصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو أسهم أو إقامة اتحادات أو اندماجات أو استحواذ أو الجمع بين أداء شخصين أو أكثر بذلك.

وتعد شركة SPV هي الأداة القانونية التي تتم من خلالها عملية التوريق، وتتعدد الآليات وتتنوع في نول العالم إذ يوجد من الدول ما يأخذ فيها هذه الأداة شكل صندوق استثمار الديون أي شرائها كفرنسا ولوكسمبورج أو شكل شركة مساهمة كمصر وإيطاليا وسويسرا أو شكل ترست كأمريكا وإنجلترا وألمانيا، للمزيد ينظر د سامي عيد الباقي، تعارض المصالح، المرجع السابق ص ١٣٨ وأشار إلى Claude LAPORT, La titrisation d'actifs en Suisse: Asset- Backed Securitisation, Centre de droit bancaire et financier, ٢٠٠٥ pp ٨٥ et ss

٢٦١٨ The CIS ٢٠١٠ Mode Law "One Joint-Stock Companies" for Central and Eastern European law, article ١٤ p11

٢٦١٩ د هاني سري الدين، التنظيم التشريعي لعروض الشراء الإجباري بفسد الاستحواذ على الشركات المقيدة بالبورصة، وفقاً لأحكام قانون سوق رأس المال المصري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٢١

لا يُعد هذا النص القصير تنظيمياً كافياً لمكافحة الممارسات الاحتكارية التي قد تنشأ عن الاستحواذ، ولا زال التشريع المصري بحاجة إلى المزيد من التنظيم والمعالجة والتفصيل التشريعي السليم^{٢٦٢٠}.

عروض الشراء الإجبارية والاختيارية

خص المشرع المصري الشركات المقيدة في البورصة والمستهدفة بالاستحواذ بقواعد خاصة، هذه القواعد تهدف إلى حماية المستثمرين في البورصة وتراعي المساواة وتكافؤ الفرص فيما بينهم، كما تراعي استقرار التداول في البورصة وتلافي إضطراب السوق وتعارض المصالح واستغلال المعلومات الداخلية، من تلك الخصوصيات التي تنتفع بها تلك الشركات المراد الاستحواذ عليها، أن من يرغب في الاستحواذ على رأسمالها بحيث يتمكن من السيطرة الفعلية عليها، فإنه يقع عليه الالتزام بتقديم عرض لشراء كافة الأسهم من جميع المساهمين دون فئة عن الأخرى^{٢٦٢١}.

وعرض الشراء هذا هو إيجاب ملزم يوجهه المستحوذ إلى حملة الأوراق المالية المستهدفة بالعرض بهدف شراء الأوراق المالية محل العرض^{٢٦٢٢}، وقد عرفه القانون المصري بأنه "العرض المطروح على مالكي الأوراق المالية محل العرض سواء كان مقابل الشراء نقدياً أو مبادلة بأوراق مالية أخرى أو عرضاً مختلطاً، وسواء كان العرض إجبارياً أم اختيارياً"^{٢٦٢٣}.

عرض الشراء الإجباري Mandatory Purchase Offer

يقع الإيجاب أو الإلزام هنا على عاتق مقدم العرض، حيث يلتزم بتقديم عرض شراء للاستحواذ على جميع الأوراق المالية التي تشكل جزءاً من رأس المال أو حقوق التصويت أو السندات التي تخول حائزها الحق في تملك جزء منه، ولا يكون لمقدم العرض الخيار في تقديم العرض من عدمه متى تحققت الشروط التي تلزمه بتقديم العرض.

أما متلق العرض وهم حملة الأوراق المالية فليس عليهم إلزام أو إجبار في شيء، فإن شأؤوا قبلوا العرض وباعوا أوراقهم المالية، وإن شأؤوا رفضوه واحتفظوا بملكيتهم كما هي، كما أن بإمكانهم بيع بعض الأسهم واستبقاء الآخر، فالإلزام هو على من يستحوذ على نسبة معينة تحددها القوانين السارية التي تمكنه من السيطرة فعلياً على الشركة^{٢٦٢٤}.

٢٦٢٠ للمزيد حول ذلك ينظر، د هاني سري الدين المرجع نفسه ص ٨، وأشار إلي د خليل فيكتور تادارس، المركز المسيطر للمشروع في

السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة،

و ١٢٠٤-١٢٠٤ PP8٥٤-٢٠١٠ ١٩th edition (L.G.D.J) Vegal, L, Du Droit commercial a droit economique

٢٦٢١ جاءت أحكام هذا الالتزام في نص المادة ٢٥٣ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال، والتي تتطابق مع قواعد الاستحواذ الإنجليزية والفرنسية في هذا الشأن

٢٦٢٢ برهان سمير راغب، النظام القانوني للعرض العام لشراء الأسهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥

٢٦٢٣ نص المادة ٣٢٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال

٢٦٢٤ تحدد هذه النسبة في عدد من التشريعات بـ ٣٠% من إجمالي الأسهم ومافي حكمها من حقوق التصويت وحقوق السندات القابلة

للتحويل إلى أسهم، كالقانون الفرنسي والإنجليزي والألماني، أنظر د هاني سري الدين المرجع السابق ص ٢٣

عرض الشراء الاختياري Optional Purchase Offer

يختلف هذا العرض عن سابقه في غرضه وأثره القانوني، حيث أن مقدم عرض الشراء الاختياري لا يستهدف السيطرة الفعلية على الشركة، وبالتالي فلا يكون ملزماً من حيث الأثر بتقديم العرض وإنما يقدمه اختياريًا إذا رغب في شراء عدد من الأسهم أو الأصول في الشركة دون قصد الاستحواذ عليها^{٢٦٢٥}.

أهداف قواعد عروض الشراء

عبر المشرع المصري صراحةً عن أهدافه التي أوردها بشأن تنظيم قواعد وأحكام عروض الشراء السالف الإشارة إليها، حيث نص في المادة ٣٢٧ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال بأنه "تهدف الأحكام الواردة بهذا الباب إلى ما يلي:

- أ- إرساء مبدأ الشفافية الكاملة بما يتفق مع أحكام القوانين واللوائح السارية، وأفضل الممارسات الدولية في هذا الشأن.
- ب- حصول مالكي الأوراق المالية محل عرض الشراء والأشخاص المعنية بالعرض على المعلومات الكافية والفرصة المناسبة والتوقيت الملائم لتقييم عرض الشراء واتخاذ القرار الاستثماري بناء على ذلك.
- ج- مراعاة المساواة وتكافؤ الفرص فيما بين مالكي الأوراق المالية محل عرض الشراء، وكذلك فيما بين الأشخاص المعنية بالعرض.

٢٦٢٥ عرضت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى التفرقة بين عروض الشراء الاختياري والإجباري، وأجملت هذه التفرقة حيث قالت: "تتنوع عروض الشراء بالنظر إلى مدى التزام مقدم العرض بتقديم العروض إلى عروض شراء اختيارية وعروض شراء إجبارية، وقد مايز المشرع المصري بين النوعين على النحو السالف بيانه بأحكام الباب الثاني عشر من اللائحة التنفيذية للقانون، والمستفاد منه أنه بينما يكون تقديم عروض مقدمها بموجب أحكام القانون واللائحة، وفيها يتوارى ويتضاءل نور وإرادة مقدم العرض سواء فيما يتعلق بعدد الأسهم التي يلتزم بتقديم عرض الشراء الإجباري عنه أو السلطة النهائية في تحديد السعر الذي تحكمه رقابة السلطة المختصة وفقاً لما يخولها القانون من سلطات للرقابة على عمليات عروض الشراء، كما أنه من حيث الغرض المتوخى من العرض، فبينما يكون الهدف من عروض الشراء الاختيارية هو الاستحواذ على عدد معين من الأسهم يتيح السيطرة على الشركة المستهدفة في إطار من الشكلية والمساواة فيما بين المساهمين المخاطبين بالعرض، يكون الهدف من عروض الشراء الإجبارية هو، فضلاً عن الاستحواذ للسيطرة، إقامة وضمان نوع من المساواة بين المساهمين من الأقلية في الشركات المقيدة بالبورصة، ومن ثم فإن عروض الشراء الإجبارية إنما تقوم على التزام المساهم الذي تجاوزت ملكيته حداً معيناً من أسهم الشركة التي لها حق التصويت وفقاً لأحكام المادة ٣٥٣ من اللائحة التنفيذية للقانون سالف البيان بتقديم عرض شراء إجباري لما تبقى من أسهم مملوكة للمساهمين الآخرين في الشركة المستهدفة، وهذا الإلزام ولئن كان يخالف مبدأ حرية التعاقد، إلا أنه إجبار يستهدف حماية الأقلية من المساهمين على ألا يجبروا على الإنصياع إلى قرارات تحقق مصالح الأغلبية، كما أنه من ناحية أخرى إجبار يستهدف كذلك مصلحة مقدم العرض بإفصاح المجال أمامه لإكمال سيطرته على الشركة المستهدفة لتطبيق التطوير وتحقيق الخطط المستقبلية، وهو إجبار يتلاقى بالدرجة الأولى ظاهرة تجميع أسهم الشركة المستهدفة من خلال عمليات شراء لأسهمها بأسعار متفاوتة على فترات زمنية متعاقبة إخلالاً بمبدأ المساواة بين المساهمين في الشركة المستهدفة طالما لا تتم عروض الشراء الإجبارية إلا بسعر واحد يتعين فيه دوماً ألا يقل عن أعلى سعر دفعة مقدم العرض أو أحد الأشخاص المرتبطة في عرض شراء سابق خلال الاثني عشر شهراً السابقة على تقديم عرض الشراء المعني حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة السابعة استثمار الصادر في ٢٠١٠/٤/١٠

د- حظر التلاعب في أسعار أسهم الشركة المستهدفة بالعرض، وتلافي اضطراب السوق وتعارض المصالح واستغلال المعلومات الداخلية.

هـ- مراعاة مصالح الشركة المستهدفة بالعرض، وعدم المساس بأعمالها ومباشرة أنشطتها".
وظالما عبر المشرع عن أهدافه صراحة، فلم يعد للفقه إلا التسليم، فلا اجتهاد مع وجود النص.

تعليق عرض الشراء الإجباري على شرط

أجاز المشرع المصري متفقاً مع ما قرره التقنين الانجليزي ومختلفاً مع القانون الفرنسي، أجاز لمقدم عرض الشراء الإجباري تعليقه على شرط أن يتاح له تملك ٧٥% من رأس المال أو من حقوق التصويت، من جملة الأوراق التي يوافق المساهمون على بيعها، وذلك في حالات الاستحواذ بطريق عرض الشراء بقصد الاندماج، أو ٥١% من رأس المال أو من حقوق التصويت في غير ذلك من الحالات^{٢٦٢٦}.

يكون هذا الشرط المعلق رهناً بموافقة هيئة الرقابة المالية التي لها سلطة تقدير بالموافقة أو الرفض لذلك الشرط، بناء على توافر أو انعدام شروط جدية تبرره، كأن تكون السيطرة الكاملة على الشركة غير ممكنة التحقق بأقل من الاستحواذ على تلك النسبة أو أن من شأن التعليق عدم المساواة فيما بين المساهمين في الشركة المستهدفة أو إهدار مصالحهم، ويراعى في كافة الأحوال عدم الإخلال بمبدأ الإفصاح والشفافية، الذي يعد ركناً أساسياً من الأركان التي تقوم عليها سوق مال صحيحة^{٢٦٢٧}.

في هذه الحالة نجد أن عرض الشراء لم يعد إجبارياً بالنسبة لمقدمه، إن لم يتحقق الشرط الذي علق عليه عرضه، وهذا أمر منطقي فإن مقدم عرض الشراء الإجباري إن تقدم بعرضه وكان ملزماً بالشراء ولم يوافق على عرضه سوى نسبة ضئيلة من المساهمين، لا تجعله مستحوذاً على الشركة فيما هو قد امتلك أكثر من ثلث رأس المال فذلك سيجعل إجمالي ما يمتلكه في الشركة بين الثلث وأقل من ٥٠% أو ٧٥%، فإذا تحققت هذه الفرضية فربما سيكون واجباً على مالك هذه الأسهم تقديم عرض جديد مرة أخرى بعد مضي عام، لذلك نرى أن المشرع قد أحسن في ذهابه هذا المذهب، ويعتبر ذلك تشجيعاً لمقدم العرض وضماناً له أن عرضه سيكون متحقق الفائدة.

كما يشترط ألا يقل سعر عرض الشراء الإجباري عن أعلى سعر دفعه مقدم العرض أو أحد الأشخاص المرتبطة في عرض شراء سابق خلال اثني عشر شهراً السابقة على تقديم عرض الشراء المعني، وهذا ما ينسجم مع عدالة البند السابق بجواز تعليق عرض الشراء على شرط جدي^{٢٦٢٨}، مع عدم الإخلال بسعر السهم.

^{٢٦٢٦} د سامي عبد الباقي أبو صالح، النظام القانوني لعروض الشراء في سوق الأوراق المالية وفقاً لقواعد عروض الشراء الحديثة الصادرة

بالقرار الوزاري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٧، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٦٤

^{٢٦٢٧} المصدر نفسه

^{٢٦٢٨} المادة ٣٥٤ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال

ممارسات غير مشروعة قد تصاحب عرض الشراء

قد تلجأ بعض الشركات إلى أساليب وممارسات غير مشروعة تهدف منها إلى الاستحواذ أو السيطرة على الشركات المستهدفة بالاستحواذ بهدف تقليل أعبائها المالية المخصصة للاستحواذ، أو بعدم وضع المساهمين وضع المساواة أو ممارسات أخرى.

من بين ذلك: تجميع أسهم الشركة المستهدفة بشرائها من البورصة المقيدة بها، ويتم ذلك عن طريق شراء الأسهم من قبل شركات أخرى يتم إنشاؤها من أجل هذا الغرض لتفادي رفض عرض الشراء أو لتفادي أنظمة الاستحواذ، مثال على ذلك ما قامت به شركتا Traflgar et Glen International بعد رفض عرض الشراء المقدم منهما لشراء أسهم شركة Minbea اليابانية بقصد الاستحواذ على ثلثي رأس مال هذه الشركة، من إنشاء شركة باسم Traflgar Glen Ltd، وقد قامت هذه الشركة بتقديم عرض شراء أكثر من ١٠% من أسهم شركة Minbea إلى كل من البنك المركزي الياباني وزير المالية وكذلك لوزير الصناعة^{٢٦٢٩}.

من ضمن الممارسات غير المشروعة التي قد تصاحب عروض الشراء: محاولة شراء أسهم الشركة المستهدفة خارج نطاق العرض أثناء فترة سريان العرض أو قبلها، وكذلك ممارسات قد تكون ناتجة عن تصرفات قانونية تبرم بين كل من مقدم العرض وبعض المساهمين في الشركة، بما يؤدي إلى عدم مساواة المساهمين.

يظهر بجلاء أن مكافحة الممارسات غير المشروعة يكون بطريق تطبيق الحوكمة وتعزيز الشفافية والعمل على تنظيم ورقابة تضارب المصالح.

ثالثاً: الخصخصة Privatization

الخصخصة هي سياسة نقل ملكية المنشآت العامة أو إدارتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وهي لا تعني الخصخصة إضعاف دور الدولة في المجتمع، والتراجع عن التدخل في الحياة الاقتصادية، لكنها بلجوتها إلى ذلك فهي ترنو إلى الانصراف عن أن تكون طرفاً في السوق يعيق حركته، فهي بذلك تتفرغ لتنظيم ورقابة النشاط الاقتصادي بأسره لتحقيق التنمية الاقتصادية، فقد أثبتت التجربة مقدار فشل الدولة في مزاولة النشاط الاقتصادي، وخطأ تدخلها أصلاً كطرف في السوق، والقطاع العام يصبح مثقلاً بمشكلات كبرى وكثيرة تعوق حركته فضلاً عن عدم إيمان القائمين بإدارته وشئونه بمفهوم التنمية الاقتصادية وعدم الإلمام بالقوانين وآليات السوق^{٢٦٣٠}.

٢٦٢٩ د سامي عبدالباقي أبو صالح، المصدر السابق، ص ٢٤٦-٢٤٧، وأشار إلى Pierre VERKHOVSKOY, Acquisitions d'

entreprises au Japon in Les acquisitions d' entreprises, Feduci, ١٩٩٢, p٥١٠

٢٦٣٠ د حسام الدين عبد الغني الصغير، بيع أسهم شركات قطاع الأعمال للعاملين في إطار البرنامج الحكومي لتوسيع قاعدة ملكية القطاع

الخاص (برنامج الخصخصة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤ ص ٥

المطلب الثاني

أنواع الأوراق المالية

سنقوم بعرض أنواع الأوراق المالية الشائعة في السوق وأهمها، وسيكون ذلك في فرعين يبحث أولهما الأوراق المالية التقليدية، فيما يبحث الآخر الأوراق المالية الأخرى.

الفرع الأول: الأوراق المالية التقليدية

الأوراق المالية التقليدية هي التي جرت العادة على التعامل بها أكثر من غيرها، وهي الأكثر انتشاراً ومعرفة بين جمهور المتعاملين، وهي الأسهم والسندات، بالإضافة إلى الحصص العينية وحصص التأسيس.

١- الأسهم

تعتبر الأسهم من أكثر الأوراق المالية شهرة وشيوعاً، ويبدو ذلك ظاهراً من اهتمام المشرع بتنظيم الأحكام الخاصة بالأسهم حيث ورد ذكرها في المادة رقم ٢ من قانون سوق رأس المال عند الحديث عن تأسيس شركة بتقويمها برأس مال يتم تقسيمه على عدد من الأسهم متساوية القيمة كما يتم إصدار عدد الأسهم عند الرغبة في زيادة رأس مال الشركة.

سننتقل هنا إلى دراسة تعريف السهم وخصائصه وأنواعه فيما يأتي:

تعريف السهم

هناك العديد من التعريفات التي أدلى بها الفقهاء للسهم من بينها أنه "صك يعطي للمساهم في الشركة لتمثيل الحصة التي يشترك بها في رأس المال"^{٢٦٣١}، وأنه صك يمثل حصة الشريك في رأس مال شركة الأموال يخول صاحبه كافة حقوق الشريك في الشركة سواء من حيث الاشتراك في الإدارة أو الأرباح أو في اقتسام ناتج التصفية^{٢٦٣٢}، وهو يقابل حصة الشريك في شركات الأشخاص أي أن يمثل حق دائنيه قبل الشركة^{٢٦٣٣}.

وفي القانون الانجليزي هناك تعريف قال به القاضي Farwell G^{٢٦٣٤} واشتهر هذا التعريف ليذكره الكثير من فقهاء الانجليز وهو "مصلحة المساهم في الشركة المقومة بمبلغ من النقود تجعل المساهم

^{٢٦٣١} د سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ج ٢، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٣٦٢

^{٢٦٣٢} د محمد بهجت عبد الرحمن، الموجز في الصكوك التجاري، نظرية الأعمال التجارية، التاجر، عمليات البنوك والأوراق التجارية والشركات التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢١٨

^{٢٦٣٣} د هاني صلاح سري النين، مبادئ القانون التجاري المصري، مقدمة عامة للتعريف بالقانون التجاري ومصادرة نظرية الأعمال التجارية والشركات التجارية والأموال التجارية، ٢٠٠٩، ص ٣٣٠

^{٢٦٣٤} في قضية Borland's Trustee Vsteel (CH ٢٧٩) (١٩٠١) ذكره د يعقوب يوسف صرخوه، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة، مرجع سابق، ص ٨٦

مسئولاً من ناحية وصاحب حتى من ناحية أخرى، كما ينطوي السهم على سلسلة من التعهدات المتبادلة التي ارتبط بها كافة المساهمين فيما بينهم، فالعقد المتضمن في مواد نظام الشركة هو واحد من الآثار الجوهرية للسهم فالسهم ليس مبلغاً من المال ولكنه مصلحة مقدرة بمبلغ من المال، أساسها الحقوق المختلفة المتضمنة في العقد والتي تشمل الحق في مبلغ من المال لا يقل أو يزيد عن قيمة السهم".

وفي الفقه الفرنسي عرف بعضهم السهم بأنه "حق الشريك في الشركة وفي ذات الوقت الصك المثبت لهذا الحق"^{٢٦٣٥}.

هذه التعريفات تقودنا إلى أن السهم هو صك لا يقبل التجزئة يمكن تداوله يمثل حصة متساوية في ملكية الشركة يرتب حقاً ودينياً لمالكه تجاه الشركة والغير كما يجعله مسئولاً في الوقت ذاته بقدر هذا السهم، وقد يكون اسماً أو لحامله، ومن هذا التعريف، بإمكاننا أن نستخلص الخصائص التي يتمتع بها السهم وذلك عن طريق ما يأتي :

خصائص السهم

للسهم خصائص عديدة منها تساوي القيمة وعدم التجزئة وترتيب الحقوق أو المسؤولية.

أ- تساوي القيمة:

نص القانون^{٢٦٣٦} على أن رأس مال الشركة المساهمة وحصة الشركاء غير المتضامنين في شركات التوصية بالأسهم تقسم إلى أسهم اسميه متساوية القيمة على أن يحدد نظام الشركة قيمة السهم الاسمية بحث لا يقل عن عشرة قروش ولا تزيد عن ألف جنيه، مع ملاحظة أن ذلك يختلف عن ما قرره قانون الشركات الصادر برقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في مادة ٣ حيث جعل القيمة الأدنى للسهم لا تقل عن خمسة جنيهات.

يقصد بتساوي القيمة هنا هو تساوي قيمة الأسهم في الشركة ذات الإصدار الواحد فمثلاً عند إنشاء الشركة وتقييم قيمتها بالأسهم فإنها تكون متساوية القيمة، إلا أنه يجوز للشركة إصدار أسهم جديد عن طريق زيادة رأس المال بقيمة مغايرة لقيمة الأسهم في الإصدارات السابقة^{٢٦٣٧} وليس المقصود بتساوي القيمة أن جميع حملة الأسهم التي تصدرها الشركة متساوون في الحقوق والالتزامات فهناك أنواع للأسهم كالأسهم الممتازة التي لها حقوق خاصة، ويلاحظ أن القانون حدد القيمة الأدنى

مشار إليه لدى محمد فريد العريبي، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة ٢٩٢ No Martin, Encycl. Dalloz, No ٢٦٣٥ X

الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٨٤

٢٦٣٦ مادة ١ من قانون رأس المال رقم ٩٢ لسنة ٩٥

٢٦٣٧ المادة ١ أيضاً من قانون سوق أسواق المال

والأعلى وترك تقدير قيمة السهم للشركة نفسها بين الحدين وذلك في القانون المصري وقوانين أخرى^{٢٦٣٨}.

الحكمة من تساوي قيمة الأسهم هو تسهيل تقدير الأغلبية في الجمعية العامة للشركة وتبسيط عملية توزيع الأرباح على المساهمين وتنظيم سعر السهم في البورصة^{٢٦٣٩} وكذلك تسهيل تجزئه رأس المال يؤدي إلى سهولة التداول وتوزيع موجودات الشركة بعد حلها وتصفيتها^{٢٦٤٠}.

إن القيمة الاسمية للسهم المثبتة عند إصداره قد تختلف عن قيمته الحقيقية أو قيمته عند تداوله، فقيمه الاسمية يتم تحديدها باعتباره جزءاً من مجموع رأس المال بينما تكون قيمته الحقيقية مرتبطة بمدى سلامة مركز الشركة المالي والاقتصادي وتحققها الأرباح من عدمه^{٢٦٤١} وهذا ما يعتمد عليه المضاربون ورواد تداول الأسهم في اختلاف قيمة السهم باختلاف مركز الشركة فيبيعونه أو يشترونه ابتغاء تحقيق الربح.

ب- عدم التجزئة: (عدم قابلية الأسهم للتجزئة) Indivisible

يقصد بهذه الخاصية أن السهم هو أصغر وحدات الملكية في الشركة، والوضع الطبيعي أن يكون له مالك واحد، لكن ربما يكون له أكثر من مالك، فقد تشتري السهم شركة ما وهي عبارة عن مجموعة من المالكين، كما قد يتوفى مالك السهم فتنتقل ملكيته إلى أكثر من وارث أو غير ذلك، ولكن في كل الأحوال وفقاً لمبدأ عدم قابلية الأسهم للتجزئة فإن السهم الواحد لا يتجزأ بين عدد من الأشخاص من ناحية ممارستهم للحقوق أو التزاماتهم بالواجبات التي ترد على السهم فلا يكون أمام الشركة سوى سهم واحد وإن تعدد مالكوه.

فإذا تعدد المالكون أو صار هناك مالكون لأسهم بالشيوخ فإنهم يمثلون في الجمعيات العمومية للشركة بواسطة أحدهم أو بواسطة وكيل واحد عنهم بناءً على اتفاقهم، فإذا اختلفوا فيعين الوكيل من قبل القضاء بناءً على طلب أحد المالكين^{٢٦٤٢}.

ج- القابلية للتداول^{٢٦٤٣}

يقصد بالقابلية للتداول هو أن هناك حرية لمالك السهم في التصرف فيه في أي وقت يريده وذلك إما ببيعه للغير، أو من باب أولى التنازل عنه، ولا بد من مراعاة أن تداول الأسهم بالطريقة التجارية يأخذ في الاعتبار شكل السهم^{٢٦٤٤}، وقابلية الأسهم للتداول هي علاقة فارقة بين شركة الأشخاص وشركة المساهمة (شركة الأموال) فإذا كان هناك مانع في النظام الداخلي للشركة من بيع أو تداول

٢٦٣٨ د أكرم يا ملكي، القانون التجاري، دار الثقافة عمان، ٢٠٠٦ ص ٢١١

٢٦٣٩ د محمد فريد العريفي، المرجع السابق، ص ١٨٦

٢٦٤٠ د سميحة الفليوي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٤٢

٢٦٤١ د أكرم يا ملكي، القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٦٢

٢٦٤٢ هذا ما نص عليه القانون الفرنسي الصادر ١٩٦٦ في ١٦٣ فقرة ٢ مشار إليه لدى د إلياس ناصيف ص ٢٣٤

٢٦٤٣ للمزيد أنظر في رسالة يعقوب صرخوه، فقد أفاض في هذا الموضوع

٢٦٤٤ د عاشور عبد الجواد عبد الحميد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ ص ٥٦٢

أسهمهما فهذا يفقدها صفة كونها شركة مساهمة فالحديث عن السهم مرتبط بإمكانية تداوله^{٢٦٤٥}، ويكون التداول في السوق المنظمة (البورصة) إذا ما كان مقيداً فيها، ومن الممكن أن يتم تداوله خارجها (خارج المقصورة) إذا كان السهم غير مقيد في البورصة.

وقد نص المشرع المصري صراحة على قابلية الأسهم للتداول حسب نص المادة ١٣٩ من لائحة قانون الشركات بأن "السهم يكون قابلاً للتداول ولا يجوز النص على عكس ذلك في نظام الشركة".

وليس هناك حاجة لموافقة الشركة على قيام المساهم بنقل ملكية السهم أو تداوله، فهذا حق خالص للمساهم، إلا أن السهم إذا انتقلت ملكيته إلى مساهم آخر وهو سهم اسمي فذلك يستلزم قيده في سجل الشركة ليتم نقله باسم مالكة الجديد، أما إذا كان سهماً لحامله فيجوز تداوله بطريقة التسليم، أو حتى بالتطهير، كما يجوز وضع بعض القيود على مباشرة حق المساهم للتصرف في السهم لكن هذه القيود لا تصل إلى تجريد المساهم من السهم أو مصادرته^{٢٦٤٦}.

د- ترتيب الحقوق والواجبات بناء على ملكية الأسهم

تمت الإشارة إلى أن الأسهم ذات الإصدار الواحد متساوية القيمة، وقد نصت المادة ٥/٤٨ من قانون الشركات المصري على أنه "يجب أن يكون للأسهم من الإصدار الواحد نفس القيمة الاسمية والحقوق والامتيازات".

إن ملكية سهم في شركة ما تمنح الحق لحامله في الحصول على الأرباح التي تجنيها الشركة من مزاوله نشاطها التجاري وفقاً لعدد الأسهم ووفقاً لقواعد توزيع الأرباح القابلة للتوزيع المنصوص عليها في قانون الشركات^{٢٦٤٧}، وكذلك وفقاً لنظام الشركة.

وبالمقابل فإن هناك مسئولية تقوم على عاتق المساهم، ففي حال ترتبت ديون على الشركة فالمساهم يكون مسئولاً عنها، إلا أن مسئولية تكون في حدود ما يملكه من أسهم في رأس مال الشركة ولا يجوز الرجوع عليه بأي حقوق أخرى مهما بلغت ديون الشركة^{٢٦٤٨}.

هـ- عدم التقادم

لا يتقادم حق المساهم بسبب عدم الاستعمال مادامت الشركة قائمة، لأن المساهم يكون صاحب رخصة له الحرية المطلقة في استعمالها ولا يبدأ التقادم إلا منذ اليوم الذي يتحول فيه حق المساهم إلى دين، وذلك عند انتهاء الشركة تصفيتها أو إذا استهلك السهم ودفع رأس المال، مع مراعاة عدم الخلط بين تقادم حق المساهم في السهم وتقادم الحقوق المرتبطة به^{٢٦٤٩}.

٢٦٤٥ - يعقوب صرخوه، المرجع السابق، ص ٢١٦

٢٦٤٦ - محمد فريد العربي، المرجع السابق، ص ١٣٨

٢٦٤٧ - رقم ٥٩ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ والقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥ ولائحته التنفيذية رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٢

المنشور بالوقائع المصرية العدد ٤٥ التابع في ١٩٨٢/٦/٢٣

٢٦٤٨ - مصطفى كمال طه، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٦م، ص ١٩٥

٢٦٤٩ - يعقوب يوسف صرخوه، الأسهم وتداولها، مرجع سابق، ص ١٠٢

أنواع الأسهم

للسهم أنواع متعددة تتحدد بالطريقة التي يتم إصداره بها أو بالأثر الذي يختلف فيه عن غيره فمن حيث طبيعة الحصة المقدمة، تنقسم إلى أسهم نقدية وأسهم عينية ومن حيث الحقوق المرتبطة بها فتتنقسم إلى أسهم عادية وأسهم ممتازة، ومن ناحية الحق في استردادها لتقسيم إلى الأسهم تمتع وأسهم رأس مال ومن حيث شكلها فتتنقسم إلى أسهم اسمية و لحاملها، نتطرق إلى بيان هذه الأنواع فيما يأتي:

١- من حيث طبيعة الحصة المقدمة من المساهمة

أ) الأسهم النقدية

وهي الأسهم التي يقوم المساهمة بتسليم قيمتها نقداً للشركة، إما عند الاكتتاب أو عند إصدار أسهم جديدة لزيادة رأس المال، فيحصل المساهم على هذه الأسهم^{٢٦٥٠}، لكن يلاحظ أن المساهم ليس ملزماً بأداء كامل قيمة الأسهم عند شرائها من الشركة، حيث أجازت المادة ٣٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المستبدلة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ أن يقوم كل مكتتب بأداء ١٠% على الأقل من القيمة الاسمية للأسهم النقدية تزداد إلى ٢٥% خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تأسيس الشركة على أن يسدد باقي هذه القيمة خلال مدة لا تزيد عن خمس سنوات، على أن اللائحة التنفيذية لهذا القانون أعطت مواعيد مخالفة للقانون حيث نصت المادة ٨٣ على أنه "إذا لم تكن قيمة الأسهم النقدية مدفوعة بالكامل فيجب أن يتم الوفاء بباقي القيمة خلال عشر سنوات على الأكثر من تاريخ تأسيس الشركة.. إلخ".

وهذا أمر ينبغي إعادة النظر فيه، من ناحية لعدم تطابق المدة في القانون مع لائحته التنفيذية، ومن ناحية أخرى فالمدة طويلة وينبغي إلزام الشركة بالوفاء بقيمة رأس مالها في وقت مبكر، لأنه كيف ستزاول الشركة نشاطها الحقيقي ورأس مالها لم يتم تسديده إلا بعد عشرة أعوام.

هناك قوانين أخرى تلزم تسديد قيمة الأسهم الصادرة بالكامل عند الاكتتاب كالقانون العراقي^{٢٦٥١}.

بالإمكان تقليل المدة والجميع بين المحاسن كمنح مدة كافية للشريك في دفع حصته في رأس المال وإلزام الشركة بالوفاء برأس مالها في أقرب وقت.

ب) الأسهم العينية:

هي تلك الأسهم التي لا يدفع المساهم قيمتها نقداً، وإنما يتم احتساب قيمتها بناءً على ما قدمه المساهم كحصة عينية في رأس مال الشركة كقطعة أرض مثلاً أو كمعدات أو وسائل نقل أو غيرها^{٢٦٥٢}، كما

٢٦٥٠ حسنة حامد نعمة الله، أسواق الأوراق المالية دراسة نظرية مقارنة، جامعة الزقاريق، كلية الحقوق، ٢٠٠٥ ص ٩٢.

٢٦٥١ المادة ٤/٤٨ من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧، مشار إلى لدى علي حسين كعود الجميلي، شركات السمسرة في

الأوراق المالية ومسئوليتها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٥، ص ٩٤.

٢٦٥٢ د أحمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، ط٧، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٦٧.

أن هذه الحصص قد تكون معنوية كبراءة اختراع أو اسم تجاري أو علامة تجارية أو خبرة قانونية أو غيرها^{٢٦٥٣}.

بالنسبة لسداد هذه الحصص العينية فيجب تسليمها عند تأسيس الشركة وليس فيها مدة سماح كما في الأسهم النقدية، بل يشترط لصحة الاكتتاب أن يكون الأسهم التي تمثل الحصص العينية قد تم الوفاء بقيمتها كاملة^{٢٦٥٤}، وقد أجاز التعامل بهذا النوع من الأسهم عدة قوانين من منها القانون الفرنسي الصادر في ١٩٦٦/٧/٢٤م في المادة ٢٦٧.

إن تقدير قيمة الحصص المعنوية التي يقدمها المساهم إلى الشركة لا بد أن يحدد بقيمة عادلة تمنع من قيام المؤسسين أصحاب الأسهم من تميمها بثمن أكبر من قيمتها، لاسيما إذا كانت هذه الحصص قابلة للتميم المتفاوت مثل أن تكون حقاً ذهنياً، لذلك قيد المشرع المصري حق المساهم صاحب الأسهم العينية في تداول هذه الأسهم إلى حين نشر ميزانية الشركة وحساب الأرباح والشركة عن سنتين ماليتين كاملتين^{٢٦٥٥}، في هذه حماية لباقي المساهمين حملة الأسهم النقدية من انهيار قيمة أسهمهم أمام هذه الحصص خصوصاً إذا استطاع المؤسسون القيام بالدعاية لتلك الأسهم العينية ومحاولة الرفع من شأنها، كما أن ذلك سيعتبر تهديداً للغير الذي يتعامل مع الشركة، حيث أن الضمان الوحيد أمامه هو رأس مال الشركة، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها في ٢ إبريل ١٩٦٨ بأن "المغالاة في تقويم الحصص العينية يؤدي إلى التغرير بأصحاب الأسهم النقدية وإلى جعل رأس مال الشركة ضماناً غير متناسب مع الواقع"^{٢٦٥٦}.

ومن وسائل حماية المساهمين حملة الأسهم النقدية والغير، هناك طريقة تشكيل لجنة لغرض تقويم الحصص العينية، تتألف من خبراء في القانون والمحاسبة في مجال الشركات، تخضع لرقابة المساهمين وجماعة المكتتبين.

حيث نصت المادة ٢٥ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أنه إذا دخل في تكوين رأس مال شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم أو عند زيادة رأس المال حصص عينية مادية أو معنوية وجب على المؤسسين أو مجلس الإدارة بحسب الأحوال أن يطلبوا إلى الجهة الإدارية المختصة التحقق مما إذا كانت هذه الحصص قد قدرت تقديراً صحيحاً أو تخص بهذا التقدير لجنة تشكل بالجهة الإدارية المختصة برئاسة مستشار بإحدى الهيئات القضائية وعضوية أربعة على الأكثر من الخبراء في التخصصات الاقتصادية والمحاسبية والقانونية والفنية، تحتاجها تلك الجهات، فإذا كانت الحصص العينية مملوكة للدولة أو لإحدى الهيئات العامة أو شركات القطاع العام، تعين أن يضم إلى اللجنة ممثلين عن وزارة المالية وبنك الاستثمار القومي.. الخ

٢- من حيث الحقوق المرتبطة بها:

تنقسم الأسهم من حيث الحقوق المخولة لحاملها إلى قسمين هما الأسهم العادية والأسهم الممتازة.

٢٦٥٣ د سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ص ٦٥٤

٢٦٥٤ المادة ٣١/د من اللائحة التنفيذية لقانون رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

٢٦٥٥ نص المادة ٤٥ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن الشركات

٢٦٥٦ مشار إليه لدى د محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٥٤

أ) الأسهم العادية:

الأصل كما تم ذكره أن الأسهم متساوية القيمة وبهذا فهي ترتب الحقوق والواجبات بناءً على نصيب المساهم من هذه الأسهم في رأس مال الشركة، وهذه هي الأسهم العادية التي لا يسأل فيها المساهم إلا في حدود حقه ويحصل على الأرباح بقدرها^{٢٦٥٧} فالأسهم متساوية القيمة عند الإصدار.

إلا أنه خروجاً على هذا الأصل، فإنه يجوز للشركة إصدار أسهم ممتازة^{٢٦٥٨}، وهذا يجعل أصحاب الأسهم العادية يحصلون على حقوقهم في المرتبة التالية بعد أصحاب الأسهم الممتازة، فهم يحملون النصيب الأكبر من المخاطر التي تتعرض لها الشركة^{٢٦٥٩}.

الأسهم الممتازة:

هذه الأسهم تمنح لمالكيها حقوقاً أكبر من تلك التي يحصل عليها مالكو الأسهم العادية، قد يزيد حق مالك السهم الممتاز إما بصوت أكثر من مالك السهم العادي عند اجتماعات الجمعية العامة للشركة، أو ربح أكبر عند توزيع أرباحها، وعند حصول الحصول الشركة على ديونها من الغير يتم سداد الديون الخاصة بحملة الأسهم الممتازة، وكذلك يحصلون على ناتج فائض التصفية.

ويجيز المشرع المصري إصدار هذا النوع من الأسهم بشرطين:

١. أن يتضمن النظام الأساسي للشركة ما يجيز إصدار هذا النوع من الأسهم.
٢. أن تكون الأسهم الممتازة ذات الإصدار الواحد متساوية في الحقوق والالتزامات.

ويرجع قيام شركة ما بإصدار مثل هذه الأسهم إلى عوامل عدة منها اهتزاز ثقة المتعاملين في الشركة، فتقوم بإصدار هذه الأسهم لجلب العملاء إليها، أو رغبة في زيادة رأس مالها، وربما يمتلكون الشركة في مرحلة التصفية فتقوم الشركة بطرح أسهم ممتازة لمحاولة الوفاء بالديون وتقليل خطر تعرض الدائنين إلى عدم تحصيل حقوقهم^{٢٦٦٠} وقد ترغب الشركة في زيادة رأس مالها، فتقرر إصدار أسهم ممتازة تتمتع بمزايا أفضل لمن يقدم عليها من المساهمين القدامى أو الجدد^{٢٦٦١}.

إلا أننا نجد أن هناك من يحرم إصدار مثل هذه الأسهم كالمشرع الفرنسي والجزائري واللبناني والسوري^{٢٦٦٢}، وذلك لتنافر هذه الخاصية مع إحدى خصائص الأسهم، ألا وهي المساواة في

٢٦٥٧ د على سيد قاسم، قانون الأعمال الجزء الثاني ص ٣٤٦

٢٦٥٨ أجاز القانون المصري إصدارها عند نصه في المادة ٢/٣٥ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن الشركات حيث جاء فيه "يجوز أن ينص النظام على تقرير بعض الامتيازات لبعض أنواع الأسهم وذلك بالتصويت أو الأرباح أو ناتج التصفية على أن تتساوى الأسهم من نفس النوع في الحقوق والمميزات أو القيود"

٢٦٥٩ يعقوب يوسف صرخوه، المرجع السابق، ص ١٠٧

٢٦٦٠ المرجع نفسه ص ١٠٩

٢٦٦١ د فايز نعيم رضوان ود نجيب بكير ود نادية محمد معوض، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣٩٧

٢٦٦٢ د محمود سمير الشرفاوي، الشركات التجارية، مرجع سابق ص ١٧٢

الحقوق والواجبات، مع أن هناك من قال^{٢٦٦٣} أن إصدار الأسهم الممتازة لا يؤدي إلى الإخلال بقاعدة المساواة بين الشركاء لأن التفاوت بينهم يرجع إلى أنواع الأسهم فهم يعلمون أن نظام الشركة يتضمن نوعين من الأسهم ولكل مكتب أن يختار ما يشاء من الأسهم وأن يؤدي قيمة ما اكتتبه فيها.

والذي يظهر من خلال استقراء تجارب سابقة أن المؤسسين قد يقومون بمنح أسهم ممتازة كمعاملات لأشخاص أو هيئات غير فاعلة في الأداء التجاري أو الربح وهي إنما تشكل عبئاً على الشركة، ويستحسن إلغاء جواز إصدار هذه الأسهم والبقاء على قاعدة الأسهم المتساوية في القيمة والمتساوية في منح الحقوق والشركات.

٣- من ناحية علاقتها برأس المال

تنقسم الأسهم إلى أسهم رأس مال وأسهم تمتع، وذلك أن الأصل في السهم أنه أحد ركائز رأس مال الشركة، وقائماً داخل موجوداتها منذ تأسيسها وحتى انقضاءها، وهذا هو رأس المال الذي يظل في الشركة ولا ترجع قيمته إلى مالكه إلا بانقضاء الشركة أو تصفيتها أو تنازله عنه إلى الغير^{٢٦٦٤}، إلا أن هناك استثناء على ذلك بأسهم التمتع التي يجوز استرداد قيمتها أثناء حياة الشركة.

أ) أسهم رأس المال

وهي الأسهم التي لا يتسلم صاحبها قيمتها أثناء حياة الشركة وإنما يستفيد من أرباحها، فيظل السهم باقياً دون استهلاك، وذلك طبقاً لمبدأ ثبات رأس المال الذي يمنع الشركة أثناء حياتها من رد قيمة الأسهم للمساهمين، حيث أن رأس المال يمثل الحد الأدنى من الضمان العام المقرر للدائنين والغير^{٢٦٦٥}.

وبما أن الشركة هي شخص معنوي مستقل عن المساهمين فإن رأس مالها بحد ذاته يتمتع بالاستقلالية التي لا يجوز التصرف فيها من ناحية تصفيته إلا بأسلوب المشيع قانوناً، ولا بد أن يظل رأس المال قائماً، فهناك ضوابط وضعها المشرع المصري، باشتراط أن لا يقل رأس مال الشركة المساهمة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام عن خمسمائة ألف جنيه، أما بالنسبة للشركات المساهمة التي لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام وشركات التوصية بالأسهم فيجب ألا يقل رأس مالها المصدر عن مائتين وخمسين ألف جنيه، أما كل من شركات الاشتراك في تأسيس شركات الأموال أو زيادة رؤوس أموالها، أو شركات تنظيم إصدار وتسويق الأوراق المالية أو العامل فيها فيجب ألا يقل رأس المال المصدر عن خمسة ملايين جنيه، وفي كافة أحوال هذه الشركات لا يجوز أن يقل المبلغ المدفوع نقداً عند التأسيس عن الربع^{٢٦٦٦}.

وهذا يعني أن الأصل في السهم هو بقاءه في الشركة وأن يكون السهم هو رأس مال، إلا أن هناك خروجاً عن هذا الأصل بأسهم يتم استهلاكها، فيعطى للمساهم صك باسترداد القيمة الإسمية لأسهمه خلال حياة الشركة، وهي ما تعرف بأسهم التمتع.

^{٢٦٦٣} د أحمد محمد محمود، مرجع سابق، ص ٤٦٩

^{٢٦٦٤} د محمود سمير الشرفاوي، الشركات التجارية، ص ١٧٣

^{٢٦٦٥} د علي سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الثاني ص ٣٤٦

^{٢٦٦٦} مادة ٦ من القرار رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٢ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات

المسئولية المحدودة رقم ٥٩ لسنة ١٥٩ لسنة ١٩٨١

(ب) أسهم التمتع

هي الأسهم التي يمكن استهلاكها واسترداد قيمتها الاسمية أثناء حياة الشركة، وهذا يخول المساهمين المشاركة في أرباح الشركة في الحدود التي يقررها نظام الشركة، كما يخولهم الحق في الاشتراك في إدارة الشركة والحصول على نصيب من الأرباح دون المشاركة في فائض التصفية، إلا بعد رد قيمة أسهم رأس المال لأصحابها^{٢٦٦٧}، لكن هذا السهم في ذات الوقت يقتصر على أموال الشركات التي يلحقها التلف عبر مرور الزمن^{٢٦٦٨}، أو في حالة أن تكون الشركة قد حصلت على امتياز حكومي، فالامتياز عادةً محدد المدة، وهو ما يجيز للشركة استهلاك أسهمها^{٢٦٦٩}.

تكون موجودات الشركة قابلة للزوال أو الاستهلاك، عندما يتعلق نشاطها بالتزام استغلال مورد من موارده الطبيعية، كاستغلال المناجم، أو الأبار، حيث لا يتبقى ما يتقاسمه الشركاء عند تصفية شركتهم، أو أن بعض الأسهم قد استهلكت والأخرى قد بقيت، أو بوجه من أوجه الاستغلال يستهلك بالاستعمال، أو يزول بعد مدة معينة، كالامتياز الذي هو حق استغلال مرفق من المرافق يتم منحه لمدة محددة.

هناك طرق عديدة لسداد قيمة الأسهم أثناء حياة الشركة كأن يتم تسديدها على دفعات، أو يمنح أحد الشركاء جزءاً بالقرعة في كل مرة، أو غير ذلك، ويتم استهلاك الأسهم من أرباح الشركة، أو من الاحتياطي، وليس من رأس المال.

لا بد أن يكون نظام الشركة قد نص على وجود أسهم تمتع، لأنه في حال عدم ذلك، سيبقى الأصل على ما هو عليه، بعدم جواز استهلاك الأسهم خلال حياة الشركة، ولا يجوز للجمعية العامة أن تقرر الاستهلاك عن طريق تعديل النظام، لما في ذلك من مساس بحقوق المساهمين، إلا بقرار من الجمعية العامة غير العادية وبموافقة ثلثي حاملي نوع الأسهم الذي يتعلق التعديل به^{٢٦٧٠}.

٢- السندات

السندات هي أوراق مالية تقوم بعض الشركات بإصدارها بهدف الحصول على أموال إضافية، إما لتوسيع نشاطها، أو لزيادة سيولتها النقدية، وهذا بخلاف طريقة زيادة رأس مال الشركة عن طريق طرح أسهم جديدة، فالسهم يمثل ملكية في أموال الشركة، أما السندات فتمثل قرضاً لحامليها، فلا يدخل مجموعة من الشركاء الجدد في الشركة يزاخمون مساهميتها الأصليين، وفي ذات الوقت فإن لجوء الشركة إلى الاقتراض من البنوك قد يترتب عليه التزامات مالية كبيرة، وقد تكون تلك القروض محددة المدة بأزمان لا تتناسب مع متطلبات الشركة، لذلك تلجأ بعض الشركات إلى إصدار هذه الأوراق المالية.

سنبحث هنا تعريفها وخصائصها وأنواعها

^{٢٦٦٧} د علي سيد قاسم، قانون الأعمال الجزء الثاني، ص ٣٤٨

^{٢٦٦٨} د هاني صلاح سري الدين، مبادئ القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٦١

^{٢٦٦٩} د علي سيد قاسم، المرجع السابق، ص ٣٤٧

^{٢٦٧٠} استناداً إلى نص المادة ٣٥ من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١

تعريف السندات

السند لغة هو ما يعتمد عليه، ويمكن الركون إليه أو الاتكاء عليه، وهو أيضا ما قابلك من الجبل وعلا عن السفح ومعتمد الإنسان^{٢٦٧١}، أما في الاصطلاح، فقد أورد الفقهاء عدة تعريفات من بينها أنه "صك قابل للتداول تصدره الشركة ويتعلق بقرض طويل الأجل، يعقد عادة عن طريق دعوة الجمهور للاكتتاب، ويعطي صاحبه الحق في استيفاء الفوائد السنوية، وفي استرداد قيمته عند حلول الأجل، أو في وقت تعيينه الشركة"^{٢٦٧٢}.

وعرفها آخرون بأنها "هي التي تنتج عن قروض للشركات وتعطي حقا في فائدة ثابتة، وليس لها أرباح أو خسائر الشركة وتمثل ديناً على الشركات التي تصدرها"^{٢٦٧٣}، وهناك من عرفها بأنها "الصك الذي يثبت دين الشركة أمام المقرض"^{٢٦٧٤}.

فيما نجد أن المشرع الفرنسي ممثلاً بقانون الشركات في المادة ٢٨٤ قد عرف السندات بأنها "صكوك قابلة للتداول تصدر من نفس الجهة وتعطي نفس حقوق الدائنين على نفس القيمة الإسمية"^{٢٦٧٥}.

بينما لم يتطرق المشرع المصري إلى تعريف السندات، لكنه أجاز للشركات إصدار أسهم اسمية، حيث نص في المادة ٤٩ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بأن للشركة إصدار سندات اسمية، وتكون هذه السندات قابلة للتداول، ولا يجوز إصدار هذه السندات إلا بقرار من الجمعية العامة وبعد أداء رأس المال المصدر بالكامل، وبشرط أن لا تزيد قيمتها على صافي أصول الشركة حسبما يحدده مراقب الحسابات، وفقاً لآخر ميزانية وافقت عليها الجمعية العامة، وإذا طرح جانب من السندات التي تصدرها الشركة للاكتتاب العام، فيجب أن يتم ذلك بعد موافقة الهيئة العامة لسوق المال...".

كما أن المشرع أجاز أيضا إصدار سندات في المادة ١٢ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال، حيث جاء فيها أنه "يكون إصدار السندات وصكوك التمويل والأوراق المالية الأخرى سواء كانت اسمية أو لحاملها بموافقة الجمعية العامة للشركة...". وأن السندات التي تطرح في اكتتاب عام يجب قيدها في جدول بورصات الأوراق المالية في مصر خلال سنة من تاريخ قفل باب الاكتتاب.

يتضح من خلال التعريفات المختلفة أن كل فريق ذهب لبيان خصائص معينة في السندات سواء المظهر الشكلي، أو الأثر الناتج عنها، أو الجهة التي يجوز لها إصدار هذه الورقة المالية، إلا أننا نختار التعريف الذي أورده أستاذنا الدكتور هاني سري الدين حيث عرف السند بأنه "وثيقة مادية قابلة للتداول تصدرها الشركات والمؤسسات ذات الشخصية المعنوية، عن طريق الاكتتاب العام،

٢٦٧١ لسان العرب لابن منظور ص ٣٨٧

٢٦٧٢ نهاد سباعي ورزق الله أنطاكي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، جامعة دمشق، سوريا، ١٩٦٤، ص ٤٦٨

٢٦٧٣ Henry(N) - traite des operation de changes bourse- Bnque- dunor editeur et thon (G) editeur ١٩٢٩ p

مشار إليه لدى د طاهر شوقي مؤمن المرجع السابق ص ٣٠ ١١٠

٢٦٧٤ د أكرم باملكي، القانون التجاري، الشركات، مرجع سابق، ص ٢٣٠

٢٦٧٥ د طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق

ويتمثل بقرض طويل الأجل، ويعطي لمالكة الحق في الحصول على فوائد دورية بالإضافة إلى استرداد قيمة الوثيقة المادية عند أجل معين^{٢٦٧٦}، فهذا تعريف شامل لشكل السند وخصائصه وجهات إصداره.

خصائص السندات

للسندات خصائص متعددة، تميزها عن الأسهم وبقية الأوراق المالية، تتشابه فيه مع بعضها وتختلف في البعض الآخر، وأهم ما يجعلها متشابهة، تساوي قيمة الإصدار الواحد وعدم القابلية للتجزئة والقابلية للتداول، لكنها تختلف بكونها قرضاً، ولا تجعل مالكة شريكاً في الشركة، مع بعض الخصائص التي نشير إليها فيما يأتي:

١- **تساوي القيمة الاسمية للسندات في الإصدار الواحد من حيث الحقوق والالتزامات وشروط الإصدار**، ونص المشرع المصري على ذلك حيث جاء في المادة ١٥٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بأن تصدر الشركة السندات في شكل شهادات اسمية بقيمة موحدة قابلة للتداول، وتمثل السندات من ذات الإصدار حقوقاً متساوية لحاملها في مواجهة الشركة.

٢- **تمثل السندات قرضاً جماعياً على الشركة التي طرحت السندات**، ويتساوى مقدار مجموع ما طرحت الشركة من سندات للاكتتاب مع القرض الكلي الذي هو مجموع القيمة الاسمية للسندات، ويكون هذا القرض الجماعي بمثابة دين على الشركة لكنه لا يجيز لمالكي السندات التدخل في إدارة الشركة أو حضور الاجتماعات^{٢٦٧٧} كاجتماع الجمعية العمومية أو غيره، فالسند هو قرض يجيز الحصول على الربح دون التدخل في الإدارة، والقرض لا يمنح الحق في الشراكة على عكس السهم.

٣- **القابلية للتداول**، وهذه إحدى أهم الميزات التي يحظى بها السند بأنه يمكن تداوله في البورصة، إن كان مقيداً فيها، وبالطريقة التجارية المتعارف عليها خارج البورصة، ويكون أسلوب التداول كالمعتاد في السندات الاسمية بأن يتم تداولها عن طريق القيد في سجلات الشركة، بينما يتم تداول السندات لحاملها عن طريق التسليم، وإن كان السند إذنياً أي للأمر فينتقل بطريق التظهير^{٢٦٧٨}.

٤- **عدم القابلية للتجزئة**، فإذا كان للسند أكثر من مالك، فعليهم إنابة ممثل ينوب المالكين تجاه الشركة^{٢٦٧٩}، وإن كان المشرع المصري لم ينص على هذه الخاصية، إلا أن هناك تشريعات فعلت، فقد نص التشريع السوري على أن أسناد القرض وثائق ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول، وغير قابلة للتجزئة^{٢٦٨٠}.

٢٦٧٦ د هاني سري الدين، التنظيم التشريعي لعروض الشراء، مرجع سابق ٣٧٢

٢٦٧٧ د منير إبراهيم هندي، أساسيات الاستثمار وتحليل الأوراق المالية، ط٤، توزيع دار المعرفة الجامعية، ٢٠١٥، ص ٤٩٣، ود هاني

دوبدار، النظام القانوني للتجارة ص ٥٣٣

٢٦٧٨ د محمد فريد العربي، الشركات التجارية، مرجع سابق ص ٢١٣

٢٦٧٩ د محمود سمير الشرفاوي، مرجع سابق، ص ١٨١

٢٦٨٠ المادة ٢/١٥٩ من قانون التجارة السوري ومثله فعل قانون التجارة اللبناني في المادة ١٢٢، مشار إليه في علي الجميلي ص ١٠٧

٥- لا تصدر السندات إلا من الشركات المساهمة والتوصية بالأسهم، دون غيرها من الشركات، ولا يجوز إصدارها قبل أداء رأس المال بالكامل^{٢٦٨١}، وهناك حدود لقيمة السندات المصدرة بحيث لا تزيد قيمتها عن صافي أصول الشركة وقت الإصدار طبقاً لنص المادة ٤٩ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والمواد ١٦١ و١٦٢ من لائحته التنفيذية، وعلّة ذلك واضحة، فلا ينبغي أن يتاح للشركة الاقتراض من الجمهور بالسندات قبل أن يستوفى رأس مالها أو أكثر منه، وإلا لكان إنشاء الشركات وسيلة للاستيلاء على أموال الآخرين دون ضمان حقيقي.

أنواع السندات

أوضحنا أن السندات هي أوراق مالية تمثل قرضاً على الشركة، ويسعى المقرض صاحب السند إلى الحصول على عائد من هذه الأوراق المالية، ويكون عائد هذا السند ثابتاً في الحالة التقليدية، لكن الأوساط المالية سعت إلى تطوير هذه العملية وتوسيع قاعدة التعامل بهذا الأسلوب التجاري، وأدى ذلك إلى استحداث أنواع متعددة من السندات، ومن الطبيعي ألا يبقى الحال مقيداً بأنواع محددة دون غيرها، سنتعرض هنا إلى بيان بعض أنواع السندات التي جرت الأسواق على التعامل فيها.

١- **السند العادي ذي الاستحقاق الثابت**: ويطلق عليه السند الاسمي، وهو صك يصدر بقيمة اسمية محددة يقوم المكتتب بدفع القيمة كاملة، ويكون لهذا السند مدة محددة هي فترة القرض التي يستحق مالك السند بعد إنهائها استرجاع قيمة السند التي دفعها، وخلال مدة القرض يحصل المستثمر على فوائد ثابتة كل مدة معينة يحددها الاتفاق^{٢٦٨٢}.

٢- **السند ذي العائد المتغير**: هو نفس السند العادي سوى أنه يختلف عنه في أن الفائدة التي يحصل عليها المستثمر خلال فترة القرض، قد تختلف من مدة إلى أخرى، وهي فائدة غير ثابتة، تختلف باختلاف ما حققته الشركة من أرباح، وهذا النوع من القرض هو المصحوب بالمشاركة في الأرباح^{٢٦٨٣}.

٣- **السند بعلاوة الوفاء**: وقد يسمى أيضاً السند بعلاوة الإصدار، وهذا السند عندما يتم تحديد قيمته عند إصداره، لا يقوم المستثمر بدفع كامل قيمته، بل يدفع أقل من قيمته، على سبيل المثال تكون قيمة السند ألف جنيه، فتصدره الشركة بمبلغ تسعمائة وخمسون جنيهاً، وهو المبلغ الذي يدفعه المستثمر، وتكون هذه الخمسون الجنيه هي علاوة الوفاء أو علاوة الإصدار، فعندما يستعيد المستثمر قيمة السهم عند نهاية القرض فهو يقبض ألف جنيه، بالإضافة إلى أنه يحصل على الفائدة الثابتة خلال مدة القرض، وفي العادة تكون هذه الفائدة أقل من الفائدة التي يمنحها السند العادي^{٢٦٨٤}.

^{٢٦٨١} فيما عدا حالة إذا كانت السندات مضمونة بكامل قيمتها برهن له الأولوية على ممتلكات الشركة، أو سند مضمون من الدولة، أو السندات المكتتب بها بالكامل من البنوك التي تعمل في مجال الأوراق المالية، أو الشركات العقارية، وفقاً لشرط خاصة، وهذا ما نصت عليه المادة ٥٠ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١

^{٢٦٨٢} د سميحة القلوبى، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٧٤٧

^{٢٦٨٣} د عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامى، دار النشر للجامعات، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٩٢

^{٢٦٨٤} د ثروت عبد الرحيم، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٧٩ ص ٦١٢

٤- **السند المضمون:** وهو سند يصدر بضمان أو رهن أو كفالة، وقد يكون هذا الضمان شخصياً كالكفالة المصرفية أو عينياً كالرهن العقاري^{٢٦٨٥}، وقد تكون هذه السندات مضمونة من قبل الحكومة أو من قبل أحد البنوك أو الشركات لصالح أصحاب السندات^{٢٦٨٦}، تهدف من خلال الضمان إلى تشجيع المستثمرين على الاكتتاب في هذا النوع من السندات، ويحصل المستثمر فيه على عائد ثابت أو متغير بحسب الأحوال، وبكيفية السندات الأخرى، وهذا النوع من السندات وارد بالنص على اسمه في القانون المصري في المادة ١٦٣ وما بعدها من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

٥- **السندات القابلة للتحويل إلى أسهم:** هي سندات يحق لصاحبها طلب تحويلها إلى أسهم واقتضاء قيمتها كلما طلب ذلك، وهذا يكون منصوصاً عليه في نظام الشركة كي يعلم المساهمون فيها أن شركتهم قد تصدر هذا النوع من السندات، ويجب أن لا تقل قيمة أي من هذه السندات عن قيمة السهم، وتتغير الصفة القانونية لحامل السند عندما يصبح سهماً، فيصير حامله مساهماً في الشركة لا مقرضاً لها، إذا رغب في ذلك^{٢٦٨٧}.

ويكون المساهمون أولى من غيرهم في الحصول على هذه السندات^{٢٦٨٨}، وقد جاء إعطاء الأفضلية للمساهمين في الاشتراك بهذه السندات قياساً على حق أفضليتهم في الاشتراك في أي اكتتاب جديد للشركة، مع جواز إلغاء هذه الأفضلية من قبل الجمعية غير العادية، وهذا ما صدر به القضاء الفرنسي^{٢٦٨٩}.

نظم القانون المصري هذه السندات بشروط هي أن تمضي مدة زمنية تحددها الشركة في نشرة الاكتتاب، وكذلك أن يتم التحويل بموافقة صاحب السند، ومراعاة قواعد زيادة رأس المال، وأن يكون إصدار السندات بقرار من الجمعية العامة غير العادية بناء على اقتراح مجلس إدارة الشركة أو الشركاء المديرين^{٢٦٩٠}.

٦- **السندات ذات النصيب:** هو سند عادي لا يختلف عن هذه السندات ذات العائد الثابت، إلا أن الشركة التي تصدر هذا السند تقوم بإجراء قرعة تمنح إحدى أو بعض السندات الفائزة بالقرعة جائزة مالية كبيرة، ويجري هذا السحب في فترات زمنية قد تكون سنوية أو غير ذلك^{٢٦٩١}، عادة لا تعطي هذه السندات فوائد كبيرة حتى يمكن للشركة دفع الجوائز الكبيرة، من أمثلة هذه السندات تلك السندات التي أصدرها البنك العقاري في مصر^{٢٦٩٢}، وتهدف الشركات من خلال هذه السندات إلى إغراء المستثمرين بالاستثمار في هذه السندات ليرغب كل منهم بالجائزة لنفسه.

٢٦٨٥ د جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، جامعة دمشق، ٢٠٠٠، ص ٣٧٨

٢٦٨٦ د سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ص ٣٢١

٢٦٨٧ د محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ٢١٥

٢٦٨٨ Picon, oliver-op cit p٨٦ مشار إليه لدى طاهر شوقي مؤمن

٢٦٨٩ جلسة ١٩٨٢/١/١٧، المجلة الاجتماعية ١٩٨٢-٨٢٢٥ مشار إليه لدى الدكتورة سميحة القليوبي ص ٥٥٧

٢٦٩٠ المواد ٥١ من قانون الشركات والمادة ١٦٥ من لائحته التنفيذية، وكذلك المادة ٣٥ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

٢٦٩١ د سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ص ٧٤٧

٢٦٩٢ د محمد أحمد محرز، مرجع سابق، ص ٥١١

٧- **السند الحكومي:** وهو أحد أهم أنواع السندات، وهو الذي تصدره الحكومة، وتهدف من خلاله إلى استجلاب أموال المواطنين بهدف تغطية عجز في مواردها، أو لحاجتها إلى الإنفاق دون وجود أموال كافية في الخزانة العامة، وعادة ما تصدر بسبب عجز الميزانية أو لوجود تضخم^{٢٦٩٣}، أو لظروف مالية أخرى.

وقد تصدر الحكومة هذه السندات على أشكال تتعلق بالمدة، كذلك السندات ذات المديونية قصيرة الأمد قد تكون ثلاثة أشهر ولا تزيد في أجلها عن عام، تسمى أذون الخزينة، وتقوم الدولة ببيع إذن الخزينة بأقل من قيمته الاسمية^{٢٦٩٤}، وفي العادة لا تمنح الحكومة عوائد عن هذه السندات، فيما عدا فارق الثمن الذي يكون بين سعر السند الاسمي وقيمه المدفوعة نقداً.

وهناك سندات أطول أمداً وتسمى سندات الخزينة، وهي أوراق مالية حكومية متوسطة الأجل بين عام إلى خمسة أعوام، وطويلة الأجل تبلغ مدتها أكثر من خمسة أعوام وربما تمتد إلى ثلاثين عاماً، تدفع الحكومة عوائد ثابتة عن هذه السندات سنوياً، لكن يجوز لحامل السند حق التصرف فيه دون الانتظار حتى تاريخ الاستحقاق^{٢٦٩٥}، طبقاً لمبدأ قابلية السند للتداول.

٣- حصص التأسيس

حصص التأسيس وإن كانت أوراقاً مالية قابلة للتداول لكن التشريع الفرنسي قد ألغى العمل بهذا النوع من الأوراق، واعتبره ممنوعاً منذ مدة طويلة، ونحت المشرع المصري على حذو المثل، وإن كان المشرع المصري قد قيد إصدار وتداول هذه الأوراق الشروط خاصة والخاصة أن حصص التأسيس هي صكوك تمنح لأشخاص لم يدفعوا رأس مال في الشركة وإنما تقديراً لجهود بذلها في الشركة أو خدمات أو مساعدات لإنجاح إنشاء الشركة، وبهذا يكون حاملوه في وضع أفضل من المساهمين كونهم يشتركون في الأرباح ولا يتحملون الخسارة فهم لم يدفعوا شيئاً^{٢٦٩٦}.

الفرع الثاني: أوراق مالية أخرى

تعاملت الأسواق المالية بالأوراق المالية التقليدية التي تم الحديث عنها كالأسهم والسندات، ومع تطور ونمو الحركة التجارية والسعي لاستجلاب المستثمرين والأموال، لاحظنا أن القائمين على تجارة الأوراق المالية يبتكرون أنواعاً وطرقاً للاستثمار، تضيف خصائص جديدة للورقة المالية، وتغير في أشكالها وأنواعها كما رأينا في الأوراق التقليدية.

وتطور الأمر بإصدار أوراق مالية لها ميزات أخرى في بعض التشريعات والأسواق وهي أوراق مالية مستحدثة، سنتحدث عن ما هو بارز منها كوثائق الاستثمار وشهادات الإيداع وصكوك التمويل.

٢٦٩٣ د منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق المال، مرجع سابق، ص ٤٢

٢٦٩٤ المرجع نفسه ص ٥٦

٢٦٩٥ د طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص ٣٤

٢٦٩٦ للمزيد ينظر د سميحة القلوبي، الشركات التجارية ط٤، المرجع السابق ص٧٢٩، عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري الشركات

التجارية ج٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص٢٧٩

وثائق الاستثمار^{٢٦٩٧}

وثيقة الاستثمار هي الورقة المالية التي تمثل حصة حامل الوثيقة في صافي قيمة أصول الصندوق، وهذا حسب تعريف المشرع المصري^{٢٦٩٨}، ولكن بما أن المشرع ينص على الأحكام، ويقوم الفقهاء بالاعتناء بالتعريفات فإننا سنتعرض لتعريفها وخصائصها:

تعريفها: هناك من عرفها بأنها "صكوك تسلمها صناديق الاستثمار مقابل المبالغ النقدية التي يودعها الراغبون في استثمار أموالهم في الأوراق المالية"^{٢٦٩٩}، وعرفها آخر بأنها "أوراق مالية تصدر في صورة وثائق استثمار بقيمة اسمية واحدة في ذات الإصدار، تصدرها صناديق الاستثمار مقابل أموال المستثمرين، وتتخذ الشكل الاسمي أو لحامله، وقابلة للتداول في البورصة"^{٢٧٠٠}، ويمكن الإضافة على هذا التعريف بإضافة المزيد من الخصائص بالقول بأنها تصدر بحد أدنى وأقصى محدد بحكم القانون، والذي يدير نشاط الصندوق جهة ذات خبرة في إدارة صناديق الاستثمار ويطلق على هذه الجهة اسم مدير الاستثمار.

ومن الواضح أن الوظيفة الأساسية لصناديق الاستثمار هي استثمار مدخرات المكتسبين في هذا النوع من الأوراق المالية التي يصدرها الصندوق، فيستفيد من خدماتها جمهور الناس ممن لا تتوفر لديهم الموارد المالية الكافية لتكوين محفظة خاصة من الأوراق المالية بحيث يكون لهم حصة شائعة في محفظة الصندوق^{٢٧٠١}.

وقد أنشئ العمل بهذا الصندوق في التشريع الفرنسي في المادة ٢٨٩ من قانون الشركات الفرنسي الصادر عام ١٩٦٦ المعدل أخيراً في العام ٢٠٠٠ على أنه "تنشأ صناديق الاستثمار من أجل استثمار المدخرات في أنواع مختلفة من الأوراق المالية وتصدر تلك الصناديق وثائق استثمار اسمية أو لحاملها"^{٢٧٠٢}، وعلى غرار ذلك سار المشرع المصري حسب نص المادة ٣٥ من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ على أنه "يجوز إنشاء صناديق استثمار تهدف إلى استثمار المدخرات والأوراق المالية في الحدود ووفقاً للأوضاع التي تبينها اللائحة التنفيذية".

٢٦٩٧ تختلف وثائق الاستثمار عن كل من شهادات الاستثمار، وعن صكوك الاستثمار، فصكوك الاستثمار هي وثائق تصدرها شركة الأموال لاستثمارها وفقاً للقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ ولا يجوز تداولها وقيدها في بورصة الأوراق المالية، ويحق لصاحب الصك الاشتراك في الأرباح ويلتزم بالخسائر وفي ناتج حملة تصفية الأسهم وبعد حملة السندات، للمزيد عنها يراجع دسميحة القليوبي، الشركات التجارية ص ٥٩٣، و د أحمد شرف الدين، النليل القانوني لتوظيف الأموال، كتاب الأهرام الاقتصادي العدد التاسع ١٩٨٨ ص ٢١٦، أما شهادات الاستثمار، فهي عبارة عن صكوك تصدرها الشركات أو البنوك، تكون ذات مدة محددة كثلاث أو خمس سنوات يستردها صاحبها بعد مضي المدة ويكون مصلحته منها هو ما تدره من عوائد شهرية أو فصلية أو سنوية ثابتة أو متغيرة، هي غير قابلة للتداول أو القيد في بورصة الأوراق المالية، ومثال لها ما يصدر عن البنك الأهلي المصري من شهادات استثمار متنوعة.

٢٦٩٨ المادة ١٤١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال

٢٦٩٩ د فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ط ١، ١٩٩٤، ص ٤٦٤

٢٧٠٠ د إسماعيل عبد العال السيد، الأنواع والسياسات المستحدثة في أسواق الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،

٢٠٠٨، ص ٨٥

٢٧٠١ د أحمد شرف الدين، نليل المدخر للاستثمار في الأوراق المالية (صناديق الاستثمار)، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد ٨١ نوفمبر

١٩٩٤ ص ٦

٢٧٠٢ د سيد طه بدوي، عمليات بورصة الأوراق الفورية والأجلة من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٨٥

وكان المشرع المصري قد عرف صندوق الاستثمار بأنه "وعاء استثماري مشترك يهدف إلى إتاحة الفرصة للمستثمرين فيه بالمشاركة جماعيا في الاستثمار في المجالات الواردة في هذه اللائحة ويديره مدير استثمار مقابل أتعاب"^{٢٧٠٣}.

إن إنشاء صناديق للاستثمار هو المعنى بإصدار مثل هذه الأوراق يجعل من الحري بنا أن نوضح شروط إنشاء هذا الصندوق، حيث نص المشرع المصري على نوعين من صناديق الاستثمار هما:

١- صندوق استثمار يتخذ شكل شركة مساهمة برأس مال نقدي وتكون أغلبية أعضاء مجلس إدارته من غير المساهمين فيه، أو المتعاملين معه، أو ممن تربطهم علاقة أو مصلحة.

٢- البنوك وشركات التأمين، بإمكانها مزاوله نشاط صناديق الاستثمار بعد الحصول على موافقة البنك المركزي المصري، أو الهيئة المصرية للرقابة على التأمين حسب الأحوال^{٢٧٠٤}.

يهدف المشرع من إصدار هذا النوع من الصكوك إلى زيادة المعروض من الأوراق المالية المتنوعة كي تلائم الأهداف الاستثمارية لمختلف المستثمرين، كما أنها تعد عنصراً فعالاً لتنشيط البورصة^{٢٧٠٥}، كما توفر لضعفاء المستثمرين أداة استثمارية من خلال مشاركة البنوك في الاستثمار في الأوراق المالية، بدلا من استثمار البنوك أموال العملاء في الأوراق المالية بصورة غير مباشرة، من خلال إدارة محافظ الأوراق المالية^{٢٧٠٦}.

خصائص وثنائق الاستثمار

لوثائق الاستثمار خصائص تتشابه مع غيرها من الأوراق المالية وتختلف عنها أيضا، نبينها كما يأتي:

- ١- أنها صكوك اسمية^{٢٧٠٧}، تصدر بقيمة واحدة تحدد قيمتها بسعر لا يقل عن عشرة جنيهاً ولا تزيد عن ألف جنيه، ويجب الوفاء بقيمتها كاملة بطريقة نقدية^{٢٧٠٨}.
- ٢- تمنح وثنائق الاستثمار لصاحبها حق الاشتراك في إدارة صندوق الاستثمار، لكن هذه الإدارة هي إدارة غير مباشرة، حيث يشترك حملة الوثائق في اختيار مجلس إدارة الصندوق، ويقوم المجلس بدوره باختيار مدير الاستثمار، وهو الشركة المسؤولة عن إدارة أصول والتزامات الصندوق، وهو

٢٧٠٣ المادة ١٧٣ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

٢٧٠٤ المادة سائلة الذكر

٢٧٠٥ د فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٤٦٤

٢٧٠٦ د نصر على طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية، دراسة تأصيلية لبورصات الأوراق المالية والمحافظ المالية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٢٥٢

٢٧٠٧ نص المادة ١٥٢ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

٢٧٠٨ لا يجوز أن تكون وثنائق الاستثمار عبارة عن حصص عينية أو معنوية أيا كان نوعها، كما أن وثنائق الاستثمار لا يجوز أن تكون لحاملها، إلا بشرط موافقة الهيئة العامة لسوق المال وأن لا تزيد قيمة الإصدارات لحاملها عن ٢٥% من مجموع الوثائق المصدرة

الذي يقوم بإدارة الوثائق^{٢٧٠٩}، مع مراعاة أن تشكيل مجلس إدارة صندوق الاستثمار يجب أن يكون ذا أغلبية من غير المستثمرين فيه أو المساهمين أو حملة الوثائق أو المتعاملين معهم^{٢٧١٠}.

٣- لحامل وثيقة الاستثمار الحق في الاشتراك في الأرباح وعليه الالتزام بالخسائر الناتجة عن استثمارات الصندوق بنسبة ما يملكه من هذه الوثائق وقيمتها.

٤- وثائق الاستثمار هي أوراق مالية قابلة للتداول، إذا كانت صادرة عن صندوق استثمار كان قد اتخذ شكل الشركة المساهمة، وهذا هو الأصل إذ أنه يجب أن يتخذ الصندوق شكل شركة المساهمة برأس مال نقدي^{٢٧١١}، وتتولى شركات المساهمة طرح صندوق استثمار أو أكثر وفقاً للضوابط التي تضعها هيئة سوق المال^{٢٧١٢}.

وبهذا يجب التفريق بين صكوك الاستثمار التي تصدرها شركات تلقي الأموال لاستثمارها وفقاً للقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ التي لا يجوز تداولها أو قيدها في بورصة الأوراق المالية، وإنما يحق لصاحب الصك الاشتراك في الأرباح والخسائر وفي ناتج التصفية قبل حملة الأسهم وبعد حملة السندات.

٥- من أهم الخصائص أن مالك هذه الوثائق هو محدود المسؤولية، فلا تمتد مسؤولية الأموال المستثمرة في وثائق الاستثمار إلى خارج قيمتها.

٦- يوزع ناتج التصفية بين مساهمي شركة الصندوق وأصحاب وثائق الاستثمار في تاريخ التصفية بنسبة رأس مال الشركة المدفوع ورصيد حملة الوثائق في ذلك التاريخ^{٢٧١٣}.

٧- يجوز استرداد قيمتها قبل انقضاء مدتها إذا نصت نشرة الاكتتاب على هذا الحق^{٢٧١٤}.

هذه الوثائق هي إحدى أدوات تنشيط البورصة وتفعيل دور الأسواق المالية وتشجيع المدخرين، وبنبغي الحث على تطويرها وتعدد أشكالها، مثلما حصل مع الأوراق المالية التقليدية، ونتوقع وجود أثر حسن على تطويرها في أداء السوق المالي.

٢- شهادات الإيداع

كما تم ذكره أن سوق رؤوس الأموال يتجه نحو التطور والتوسع، سعياً لتحقيق أكبر كم من المكاسب، ويكون ذلك من خلال أسواق جديدة وأشخاص ومستثمرين أكثر، ومن خلال أدوات مبتكرة، كان من بينها هذا النوع من الأوراق المالية وهي شهادات الإيداع^{٢٧١٥}، وهذه الأوراق لا

٢٧٠٩ بنص المادة ١٤١ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

٢٧١٠ نص المادة ١٤٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

٢٧١١ نص المادة ٣٥ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

٢٧١٢ نص المادة ١٤٣ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

٢٧١٣ د سيد طه بنوي محمد، مرجع سابق، ص ١٨٢

٢٧١٤ نص المادة ١٥٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

٢٧١٥ للمزيد وبصفة عامة حول التنظيم القانوني لشهادات الإيداع الدولية، ينظر Fuller, G, The Law and Practice of International

Capital Markets, 2nd edition, ٢٠٠٩, P ٢٣٤-٢٣٦

تكتفي بالسوق المحلية، بل يسعى إلى تسويق الأوراق إلى خارج الحدود، وهناك مستثمرون هم من يبحثون عن الاستثمار في بورصات الدول الأخرى، لذلك كانت هذه الشهادات هي الحل الأنسب للمستثمرين الذين يريدون الاستثمار في بورصات دول أخرى.

هناك شهادات الإيداع الدولية Global Depository Receipt، وهناك أيضا شهادات إيداع مصرية وهي التي تتم بمعرفة أحد البنوك المحلية، والتي تصدر بناء على تعليمات بنك أجنبي يتعامل مع البنك المصري، ويتضمن مقابل أسهم إحدى الشركات المتداولة في أحد البورصات التي يعمل بها البنك الأجنبي، أي إحدى البورصات الأجنبية، وتمثل شهادة إيداع عدداً من الأسهم مودعة لدى البنك الأجنبي، وقد تم قيدت شهادات إيداع مصرية في البورصة (EDRs) اختصاراً لـ Egyptian Depository Receipts، كانت أول تلك الشهادات لأسهم شركة أوراسكوم القابضة للتنمية التي يتم تداولها في بورصة سويسرا^{٢٧١٦}، اسمها "ODH" Orascom Development Holding والمالك المسجل بدفاتر الشركة السويسرية ولدى البورصة السويسرية هو شركة مصر للمقاصة^{٢٧١٧}.

ظهرت شهادات الإيداع أول مرة في عشرينيات القرن الماضي عندما بدأ مستثمرون أمريكيون بشراء أسهم في شركات بريطانية، مستندين على مفهوم معين في القوانين الأمريكية والإنجليزية يقر بوجود فرق بين الملكية القانونية والملكية الانتفاعية، فالملكية الانتفاعية تنقل إلى صاحبها حق التمتع بالشيء المملوك في حين أن الملكية القانونية هي ملكية لأصل الحق، ودخلت هذه المفاهيم في سوق رأس المال المصري تحت مسمى المالك المسجل والملك المستفيد^{٢٧١٨}.

تعريفها

شهادات الإيداع الدولية هي أدوات مالية قابلة للتداول في أسواق المال الدولية تقوم بإصدارها أحد المؤسسات أو البنوك الدولية، مثل بنك نيويورك Bank of Newyork، أو البنك الألماني Deutsche Bank، وتكون صادرة بعملة أجنبية كالدولار الأمريكي أو غيره من العملات المتداولة في السوق الحرة، مقابل غطاء يقابلها من الأسهم المحلية وذلك بناء على اتفاق مع شركة مصدرة محلية، ويتم إيداع الأوراق المالية لتلك الشركة لدى وكيل بنك الإيداع أو بنك الإصدار الذي يكون بنكاً محلياً في العادة، ومن ثم فإنه يتم تداول هذه الشهادات كبديل عن الأوراق المالية الأصلية^{٢٧١٩}.

وهناك من اعتبر ان شهادات الإيداع الدولية هي شهادات يتم إصدارها وتداولها في أكثر من سوق مالي من الأسواق المالية الدولية خاصة في أوروبا، وفقاً لشروط ومتطلبات معينة، وفرق بينها وبين

٢٧١٦ د محمد إسماعيل هاشم، أسواق الأوراق المالية والبورصة المصرية، الجوانب العلمية وأصولها القانونية، العمرانية للطباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٥٢

٢٧١٧ د هاني سري الدين، التنظيم التشريعي لعروض الشراء الإجباري بقصد الاستحواذ على الشركات المقيدة بالبورصة وفقاً لأحكام قانون سوق الأوراق المصري، مرجع سابق، ص ٨٦

٢٧١٨ د صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، مركز المساندة القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠ ص ٦٨، وقد تعامل المشرع المصري مع هذه الأوراق المالية ونظمها وفقاً للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بالإيداع والقيود المركزي، الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٥/١٨ والمُنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٢٠

٢٧١٩ كتيب صادر عن بورصتي القاهرة والإسكندرية خاص بشهادات الإيداع، بدون ناشر، ص ١

شهادات الإيداع الأمريكية American Depository Receipts ADRs معللا بأن الأخيرة هي الشهادات التي يتم إصدارها وتداولها في الولايات المتحدة الأمريكية مقابل إيداع الأوراق المالية لإحدى الشركات الأجنبية^{٢٧٢٠}.

خصائص شهادات الإيداع

لشهادات الإيداع خصائص، تتشابه وتختلف عن بقية الأوراق المالية، وأهمها ما يأتي:

- ١- **القابلية للتداول:** هذه الميزة هي أحد أهم الأسباب التي تم استحداث هذه الأوراق المالية من أجلها، ومن اللافت أنه يجوز تداولها ليس في البورصات المحلية فقط، بل في البورصات الدولية أيضاً، استناداً إلى ما نصت عليه المادة ٦ من قانون الإيداع والقيود المركزي^{٢٧٢١}.
- ٢- **صدورها بالعملة الأجنبية:** تتميز هذه الأوراق بالاختلاف عن الأوراق الصادرة بالعملة المحلية وصدورها بعملة أجنبية كالدولار الأمريكي وذلك لتسهيل عملية تداولها بين الأسواق العالمية وكذلك لتقليل مخاطر التفاوت في سعر صرف العملة التي قد تواجهها الشركة المصدرة أو المستثمرون الأجانب.
- ٣- **تصدر بناء على اتفاق** بين الشركة المصدرة للأوراق وبنك الإيداع، وهي البنوك المسجلة لدى البنك المركزي المصري، والشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، وكذلك الشركات الأجنبية التي تمارس نشاط الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية، بشرط أن يكون مقرها الرئيس خاضعاً للرقابة^{٢٧٢٢}.
- ٤- بما أن هذه الشهادات دولية، فهي **تقيد بالبورصات العالمية**، وتعتبر بورصة لندن وبورصة نيويورك من أكثر البورصات التي تقيد الأوراق المالية الأجنبية وشهادات الإيداع الدولية^{٢٧٢٣}.
- ٥- تصدر الشهادات مقابل **أسهم اسمية** فقط من ذات النوع والقيمة وتتماثل في الإصدار والعملة، كما تتماثل في مزاياها التي تنتجها، وتحل محل بعضها^{٢٧٢٤}.
- ٦- **يجوز قيد الشهادات باسم شخص معين** يكون هو المالك المسجل، وفي ذات الوقت تكون حقوق هذه الورقة المالية لشخص آخر يسمى المالك المستفيد^{٢٧٢٥}.

٢٧٢٠ د طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق ص ٤٧

٢٧٢١ جاء في نص المادة ٦... ويقصد ببنوك الإيداع البنوك التي تصدر شهادات ايداع والجهات يتم قيدها وتداولها في بورصات الأوراق المالية المحلية أو الدولية في مقابل ملكيتها ملكية مسجلة لأوراق مالية... وذلك من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية ولائحته التنفيذية صادرة بقرار وزير التجارة الخارجية رقم ٩٠٦ لسنة ٢٠٠١

٢٧٢٢ استناداً إلى نص المادة ١٩ من قانون الإيداع والقيود المركزي أنف الإشارة إليه

٢٧٢٣ د طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق ص ٤٨

٢٧٢٤ استناداً إلى نص المادتين ٨ و ٣٤ من قانون الإيداع والقيود المركزي

٢٧٢٥ نصت المادة ٥ من قانون الإيداع والقيود المركزي، على أن لمالك الورقة المالية جميع الحقوق التي تنتجها ملكيتها لها، ويتم إيداع وقيد الورقة باسمه، ومع ذلك يجوز أن تودع الأوراق وتقيده باسم شخص ويكون لشخص آخر أو أكثر الحقوق التي تنتجها، ويطلق على الأول

٧- ليس لحامل شهادات الإيداع الدولية حق التصويت في الجمعيات العامة للشركة رغم أنه مالك أسهم، ذلك لأنها أسهم محلية مقابلة لشهادات الإيداع، لكن له الحقوق المترتبة لمالك الأسهم المحلية من حيث التوزيعات النقدية والعينية، وبيع الأسهم، وصرف الأرباح، والرهن واستخدام حقوق الأولوية، كما أن توزيع الأرباح يكون عن طريق الشركة بالعملة المحلية بعد خصم الضرائب إن وجدت، وذلك بناء على وثائق تقوم الشركة باستحداثها محل صكوك الأوراق المالية^{٢٧٢٦}.

٣- صكوك التمويل

استخدم المشرع المصري في القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ بشأن الشركات العاملة في مجال تلقي الأموال لاستثمارها، صكوك التمويل لأول مرة، وكان دافع المشرع إلى تنظيم هذا النوع من الأوراق المالية هو تفادي العيوب في الأوراق المالية الأخرى التقليدية كالسندات، حيث يعتبر هذا حافظاً لتنشيط المشروعات وحركة الادخار بشكل يتلاءم مع رغبات الأفراد وسوق المال المصري^{٢٧٢٧}، ثم جاء القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال المصري، وأكد على أن صكوك التمويل كورقة مالية من الأوراق التي تصدرها شركات الأموال^{٢٧٢٨}، وجعلها ذات عائد متغير.

صكوك التمويل هي وثائق اسمية أو لحاملها، وقد تكون في شكل قيود حسابية خصوصاً أن شركات تلقي الأموال لاستثمارها نوع من الشركات المساهمة ذات الاكتتاب العام التي تحصل على أموال المستثمرين الراغبين في استثمارها، وتقوم بذلك بالنيابة عنهم وقد نظمها قانون الشركات المشار إليه آنفاً، وخولها إصدار صكوك استثمار وليس صكوك تمويل^{٢٧٢٩}، وقد سبقت الإشارة إلى أن صكوك الاستثمار غير قابلة للتداول.

بالإضافة إلى ذلك فإن شركات تلقي الأموال لا تنشأ أصلاً لغرض تجميع الأموال واستثمارها بما يعني أنها تحصل على الأموال بصفة دورية، أي أنها ليست بحاجة إلى تمويل مشروعاتها عن طريق إصدار صكوك تمويل^{٢٧٣٠}.

تعريفها: عرفت صكوك التمويل من ناحية التركيز على الاكتتاب بأنها "وثائق التمويل المتنوعة التي تصدرها شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم مقابل الأموال التي تتلقاها عن طريق الاكتتاب العام من الأفراد أو عن طريق تغطيتها بالكامل بواسطة البنوك وشركات التأمين والشركات الأخرى المرتبطة بذلك"^{٢٧٣١}.

اسم "المالك المسجل" وعلى الثاني اسم "المالك المستفيد" وفي هذه الحالة يلتزم المالك المسجل بالتزامات أمناء الحفظ المنصوص عليها في هذا القانون. والحديث مستفاض في هذه الدراسة، عن هذا الموضوع

٢٧٢٦ استناداً إلى نص المادة ٢٥ من قانون الإيداع والقيود المركزي

٢٧٢٧ د سيد طه بدوي، ص ٨٩

٢٧٢٨ المادة ٣٥ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال

٢٧٢٩ د على سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٣٩٢-٣٩٤

٢٧٣٠ د سميحة الفلويبي، الوجيز في شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق ص ٧٨١

٢٧٣١ د عصام حنفي محمود، صكوك التمويل والاستثمار التي تصدرها شركات المساهمة، مرجع سابق، ص ٩٦

وهناك تعريف آخر ركز على الفائدة المتغيرة فقال أنها "نوع من السندات التي يجوز للشركات إصدارها للاقتراض عن طريقها من الجمهور نظراً لإحجامه عن الاكتتاب في السندات التي تطرحها الشركات، ولا يحصل حاملها على فائدة ثابتة، وإنما يحصل على عائد متغير لا يجاوز ما حدده البنك المركزي"^{٢٧٣٢}.

وتعريف ثالث ركز على خصائص هذه الورقة المالية بأنها "وثائق تعاقدية متنوعة اسمية أو لحاملها قابلة للتداول في البورصة تصدرها شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم بعد أداء رأس المال المصدر بالكامل مقابل الأموال التي تتلقاها لمواجهة الاحتياجات التمويلية لها أو لتمويل نشاط أو عملية بذاتها والتي تعطي لحاملها من ذات الإصدار الواحد حقوقاً متساوية مع حقهم في تحويلها إلى أسهم إذا ما تم الاتفاق على ذلك"^{٢٧٣٣}.

خصائص صكوك التمويل

أهم خصائصها ومميزات هذه الصكوك أنها

١- **قابلة للتداول:** وذلك من أهم الميزات التي تتمتع بها هذه الورقة المالية، وقد أجاز القانون تداولها حيث نصت المادة ٣٧ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال أنه "تصدر السندات أو صكوك التمويل في شكل شهادات اسمية أو لحاملها قابلة للتداول"، وبهذا فإن طريقة التداول ستكون بطريقة القيد في الدفاتر الخاصة بالشركة المصدرة، إن كانت صكوكاً اسمية، وعن طريق التسليم إن كانت لحاملها.

٢- **يجوز أن تكون هذه الصكوك اسمية أو لحاملها،** استناداً إلى ما نصت عليه المادة ٣٧ من لائحة قانون سوق رأس المال آفة الذكر، وتكون هذه الصكوك متساوية القيمة .

٣- **عدم القابلية للتجزئة،** كبقية الأوراق المالية ذات هذه الخاصية، فإذا انتقلت ملكية الصك إلى أشخاص متعددين، كالانتقال بالإرث أو بغيره، تعين عليهم تحديد شخص واحد ممثلاً أمام الشركة عن مالكي الصك.

٤- **تصدر هذه الصكوك من قبل شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم.**

٥- **لا يتمتع حامل الصك بالحق في الاشتراك في إدارة الشركة أو التصويت على قرارات الجمعية العامة أو الترشيح لعضوية مجلس إدارتها**^{٢٧٣٤}، لكنه يتمتع بالحصول على نصيبه من الأرباح، وعليه الاشتراك في الخسائر.

٦- **العائد متغير،** وبالإمكان أن يزيد هذا العائد الذي يغله الصك، وليس هناك حد أقصى يقيد هذا العائد في القانون المصري، إلا أن سوق المال الذي أتاح المجال للجمعية العامة للشركة أن توافق

^{٢٧٣٢} د ثروت علي عبدالرحيم، مرجع سابق، ص ٦١٨

^{٢٧٣٣} د عصام حنفي محمود، مرجع سابق، ص ١٠١

^{٢٧٣٤} د عصام حنفي محمود، المرجع السابق، ص ١٥٩

على تحديد غلة هذا الصك^{٢٧٣٥}، أما في فرنسا، فلا يتعدى الجزء المتغير في العائد ٤٠% من القيمة الاسمية للصك^{٢٧٣٦}.

الخاتمة

عني هذا البحث بدراسة إنشاء وماهية أدوات التداول، وتبين أن هناك اساليب عدة تصدر بها الأدوات محل التداول، من أهمها الاكتتاب، الذي قد يكون عاماً أو خاصاً، وقد يكون لإنشاء الشركة وتأسيسها، أو لزيادة رأس مالها، كما أن هناك طرقاً أخرى لإصدار الأوراق المالية من بينها إصدار أدون الخزنة والتي تصدرها الحكومة، كما هناك التوريق وهو تسهيل أصول مادية في مقابل أوراق يمكن تداولها، وهناك الخصخصة التي تتم بتقييم أصل مادي بأوراق مالية يمكن تداولها، وهناك أنواع كثيرة للأوراق المالية تم بيانها وخصائصها.

٢٧٣٥ المادة ١٢ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

٢٧٣٦ د طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص ٣٨

مصادر ومراجع البحث

- (١) أحمد سعيد الشهراني، عمليات الأوراق المالية العاجلة والأجلة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧
- (٢) إسماعيل عبد العال السيد، الأدوات والسياسات المستحدثة في أسواق الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨
- (٣) برهان سمير راغب، النظام القانوني للعرض العام لشراء الأسهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥
- (٤) جورج ريبير و رينيه روبلو، المطول في القانون التجاري، لويس فوجال و ميشال جرمان وفيليب ديلبيك، ترجمة د علي مقلد، الطبعة الثانية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١١
- (٥) حسنة حامد نعمة الله، أسواق الأوراق المالية دراسة نظرية مقارنة، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، ٢٠٠٥
- (٦) د أحمد شرف الدين، دليل المدخر للاستثمار في الأوراق المالية (صناديق الاستثمار)، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد ٨١ نوفمبر ١٩٩٤
- (٧) د أحمد فاروق وشاحي، عملية التوريق بين النظرية والتطبيق، دراسة لأحكام القانون المصري والقوانين المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر
- (٨) د أحمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤
- (٩) د أحمد محمد محرز، النظام القانوني لتحول القطاع العام إلى القطاع الخاص (الخصخصة)، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٥
- (١٠) د أحمد مخلوف، المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥
- (١١) د أشرف محمد دوابه، نحو سوق مالية إسلامية، ط٢، دار السلام للطباعة والنشر، ٢٠١١
- (١٢) د أكرم يا ملكي، القانون التجاري، دار الثقافة عمان، ٢٠٠٦
- (١٣) د ثروت عبد الرحيم، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٧٩
- (١٤) د جاك يوسف الحكيم، الشركات التجارية، جامعة دمشق، ٢٠٠٠
- (١٥) د حسام الدين عبد الغني الصغير، بيع أسهم شركات قطاع الأعمال للعاملين في إطار البرنامج الحكومي لتوسيع قاعدة ملكية القطاع الخاص (برنامج الخصخصة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤
- (١٦) د حسين فتحي عثمان، التوريق المصرفي للديون، الممارسة والإطار القانوني، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات الخامس عشر، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٧
- (١٧) د خليل فيكتور تادارس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية-دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة
- (١٨) د سامي عبد الباقي أبو صالح، النظام القانوني لعروض الشراء في سوق الأوراق المالية وفقاً لقواعد عروض الشراء الحديدة الصادرة بالقرار الوزاري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٧، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤

- (١٩) د سامي عبد الباقي أبو صالح، تعارض المصالح في الأنشطة الخاضعة لقانون سوق رأس المال المصري الواقع والخلول- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٦
- (٢٠) د سامي محمد الخرايشة، حوكمة شركات المساهمة المدرجة في البورصة، ط١ مطبعة الجامعة الأردنية، ٢٠١٣
- (٢١) د سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧
- (٢٢) د سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢
- (٢٣) د سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٩٣
- (٢٤) د سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ٢٠١٢
- (٢٥) د سيد طه بدوي، عمليات بورصة الأوراق الفورية والأجلة من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠
- (٢٦) د صالح أحمد البربري، بورصة الأوراق المالية والممارسات التي تؤثر في كفاءة أداء وظائفها وقواعد الضبط، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠١
- (٢٧) د صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، مركز المساندة القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠
- (٢٨) د طارق عفيفي صادق، الحماية القانونية لعمليات التداول في أسواق المال وفقاً للنظام السعودي، ط١، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥
- (٢٩) د عاشور عبد الجواد عبدالحميد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥
- (٣٠) د عاشور عبد الجواد عبدالحميد، بعض جوانب النظام القانوني لأسواق رأس المال، دراسة في تشريعات مصر والكويت والأردن مقارنة بالنظامين الفرنسي والأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥
- (٣١) د عبد الهادي مقل، في بورصة الأوراق المالية وقانون سوق رأس المال، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤
- (٣٢) د عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥
- (٣٣) د عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري الشركات التجارية ج٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٢
- (٣٤) د عصام حنفي محمود موسى، صكوك التمويل والاستثمار التي تصدرها شركات المساهمة، دار المسلم، ١٩٩٥
- (٣٥) د عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، دار النشر للجامعات، القاهرة، ١٩٩٨
- (٣٦) د على سيد قاسم، قانون الأعمال الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤
- (٣٧) د علي سيد قاسم، قانون الأعمال، الجزء الثالث، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤
- (٣٨) د علي البارودي، القانون التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٥
- (٣٩) د علي جمال الدين عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠

- (٤٠) د علي حسن يونس، الوسيط في الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٠
- (٤١) د فايز نعيم رضوان ود نجيب بكير ود نادية محمد معوض، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠
- (٤٢) د فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ط١، ١٩٩٤
- (٤٣) د محسن شفيق، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج١، دون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٢
- (٤٤) د محمد إسماعيل هاشم، أسواق الأوراق المالية والبورصة المصرية، الجوانب العلمية وأصولها القانونية، العمرانية للطباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥
- (٤٥) د محمد بهجت عبد الرحمن، الموجز في الصكوك التجاري، نظرية الأعمال التجارية، التاجر، عمليات البنوك والأوراق التجارية والشركات التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨
- (٤٦) د محمد سويلم، إدارة البنوك وصناديق الاستثمار وبورصات الأوراق المالية، الشركة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٢
- (٤٧) د محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣
- (٤٨) د محمد كامل أمين ملش، الشركات، تأسيسها، إدارتها، انقضاؤها، دون ناشر، القاهرة
- (٤٩) د محمود سمير الشرفاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦
- (٥٠) د مختار أحمد البربري، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦
- (٥١) د مصطفى كمال طه، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٦
- (٥٢) د منير إبراهيم هندي، أساسيات الاستثمار وتحليل الأوراق المالية، ط٤، توزيع دار المعرفة الجامعية، ٢٠١٥
- (٥٣) د منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق المال، توزيع المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ٢٠١٥
- (٥٤) د نصر علي طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية، دراسة تأصيلية لبورصات الأوراق المالية والمحافظ المالية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣
- (٥٥) د هاني سري الدين، التنظيم التشريعي لعروض الشراء الإجباري بقصد الاستحواذ على الشركات المقيدة بالبورصة، وفقاً لأحكام قانون سوق رأس المال المصري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣
- (٥٦) د هاني صلاح سري الدين، مبادئ القانون التجاري المصري، مقدمة عامة للتعريف بالقانون التجاري ومصادرة نظرية الأعمال التجارية والشركات التجارية والأموال التجارية، ٢٠٠٩
- (٥٧) سميحة القليوبي، الشركات التجارية،
- (٥٨) صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية وفقاً للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق الأوراق المالية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠

- (٥٩) طاهر شوقي مؤمن، الإطار القانوني لبيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧
- (٦٠) على حسين كعود الجميلي، شركات السمسرة في الأوراق المالية ومسئوليتها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٥
- (٦١) غيث مصطفى الخصاونة، النظام القانوني لتداول الأسهم في شركات المساهمة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠٠٦
- (٦٢) القاضي أنطوان الناشف و خليل الهندي، العمليات المصرفية والسوق المالية، ج٢، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٠
- (٦٣) نهاد سباعي ورزق الله أنطاكي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، جامعة دمشق، سوريا، ١٩٦٤
- (٦٤) هالة كمال محمد إسماعيل، الالتزام بالإيداع والقيود المركزي وفقاً للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧
- (٦٥) يعقوب يوسف صرخوه، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٢

- ٦٦) Aguide to the main market, London on stock Exchang , Jonathan Fisher and Jane Bewsey, The Law of Investor Protortion supra
- ٦٧) Fuller,G, The Law and Practice of International Capital Markets, ٢nd edition, ٢٠٠٩
- ٦٨) The CIS ٢٠١٠ Mode Law "One Joint-Stock Companies" for Central and Eastren European law, article ١٤ p١١
- ٦٩) Todd Haberly, The Enron Bankruptcy Chapter ١١ Reorganization, Forbes Online ٣ December ٢٠٠١
- ٧٠) Vegal, L, Du Druit commercial a droit economique (L.G.D.J) ١٩th edition ٢٠١٠
- ٧١) Zelnski Robert and Hollowly Nigel, Unequal Equities, ١٩٩١

أثر المرض الوراثي على إنشاء الزواج وانقطاعه
دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون
في ضوء معطيات الوراثة البشرية

دكتور

جمال عبد الستار عبد الله

مدرس الشريعة الإسلامية

كلية الحقبة، جامعة بنها

بسم الله الرحمن الرحيم

" إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْقَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا "

سورة الإنسان (٢)

مقدمة

- أسأل الله تعالى التوفيق -

الحمد لله رب العالمين ، وأصلي وأسلم على خاتم النبيين والمرسلين سيدنا محمد بن عبد الله وعلى آله وأصحابه الغر الميامين والتابعين لهم بإحسان إلي يوم الدين وبعد ...

فقد ثبت باستقراء أحكام الشريعة ومواردها أنها وضعت لمصالح العباد في العاجل والآجل . ٢٧٣٧

وتعود مصالح الخلق إلي خمس مقاصد كلية هي ، الدين والنفس والنسل والعقل والمال . ٢٧٣٨

وإنما كان حفظ النسل من كليات الشريعة الخمس لما يترتب عليه من وجود النوع الإنساني وبقائه صالحاً لإعمار الكون وعبادة الخالق ﷻ .

ولا ريب أن الزواج هو الوسيلة الفطرية التي شرعها الله تعالى لتحقيق مقصد حفظ النسل ، لكن ليس حفظ النسل فقط هو كل ما قصده الشارع بالزواج ، بل هناك غايات أخرى مطلوبة به شرعاً ، لعل من أهمها : حصول السكينة والألفة والمودة والرحمة بين الزوجين علي الدوام والاستمرار .

وقد كشف علم الوراثة حديثاً عن العديد من الأمراض الوراثية التي تنتقل عبر الشريط الوراثي للإنسان من آياته لتقف عائقاً في سبيل تحقيق المقاصد الشرعية المنوطة بالزواج ، بما تحدثه من ضرر تشوه النسل وإعاقته ، وقطع التآلف والتوافق بين الزوجين .

لذا أردت بيان حقيقة المرض الوراثي وعلاقته بالزواج وأثره على إنشائه وانقطاعه في هذا البحث الفقهي الذي رسمته ب "أثر المرض الوراثي على إنشاء الزواج وانقطاعه دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون في ضوء معطيات الوراثة البشرية" .

^{٢٧٣٧} الموافقات للشاطبي ٢ / ٢٦٢ تح/عبد الله دراز ، ط / دار الحديث القاهرة ٢٠٠٦ م

^{٢٧٣٨} المرجع السابق ٢ / ٢٦٦

وقد رتبته في مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة علي النحو التالي :

المقدمة : في أهمية موضوع البحث وخطته ومنهجه .

المبحث الأول : المرض الوراثي وعلاقته بالزواج من المنظور الطبي .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حقيقة المرض الوراثي وأسبابه .

المطلب الثاني : أقسام المرض الوراثي وعلاقتها بالزواج من المنظور الطبي .

المبحث الثاني : المرض الوراثي وعلاقته بالزواج من المنظور الشرعي .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : المرض الوراثي من منظور الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني : علاقة المرض الوراثي بالزواج في الشريعة الإسلامية .

المطلب الثالث : علاقة زواج الأقارب بالمرض الوراثي في الطب والفقهاء الإسلامي .

المبحث الثالث : مدى مشروعية إجراء الفحص الجيني والإلزام به قبل الزواج في الفقه الإسلامي .

وفيه ثلاث مطالب :

المطلب الأول : مشروعية التداوي في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : مدى مشروعية إجراء الفحص الجيني قبل الزواج في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث : مدى مشروعية الإلزام بإجراء الفحص الجيني قبل الزواج في الفقه الإسلامي .

المبحث الرابع : نتيجة الفحص الجيني بين السرية والتبصير والإفصاح وأثر كشفها عن مرض وراثي على إنشاء الزواج

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حفظ الطيب سرية نتيجة الفحص الجيني ومشروعية تبصير الطرفين بها .

المطلب الثاني : التبصير والإفصاح بنتيجة الفحص الجيني بين الرجل والمرأة .

المطلب الثالث: مدى جواز امتناع الولي عن تزويج موليته برجل مصاب بمرض وراثي .

المبحث الخامس : أثر المرض الوراثي في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : حكم التفريق بين الزوجين بالعيب في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : التخريج الفقهي للتفريق بين الزوجين بالمرض الوراثي على التفريق بالعيب في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث : ضوابط التفريق بين الزوجين بالمرض الوراثي ونوع الفرقة الحاصلة به .

المطلب الرابع : أثر التفريق بين الزوجين بالمرض الوراثي على أحكام المهر .

المطلب الخامس : موقف قانون الأحوال الشخصية من التفريق بين الزوجين بالمرض الوراثي .

منهج البحث :

لقد اتبعت في تناول جزئيات البحث المنهج التالي :

١- تقديم تصور علمي مبسط - قدر الإمكان - عن حقيقة المرض الوراثي وأثره على الزواج.

٢- عرض موقف الفقه الإسلامي في كل مسائل البحث ببيان أقوال الفقهاء المتقدمين في المسائل المتصورة في زمانهم ، وبيان أقوال العلماء المعاصرين في المسائل المعاصرة ، وذلك بإيراد كل قول مع أدلتها ومناقشتها إن كان لها محل مبينا القول الراجح منها - في نظر البحث - مدعما ذلك بالأسانيد.

٣- رجعت في توثيق أقوال الفقهاء المتقدمين إلي أمهات كتب المذاهب الفقهية ، وذلك بتوثيق كل قول وأدلته من كتب مذهبه خاصة ، مع الاستشهاد منها ببعض النصوص لتأكيد المعنى وتقوية التوثيق وتسهيل الرجوع إلي مصدر المعلومة .

٤- رجعت في أقوال الفقهاء المعاصرين إلي مؤلفاتهم ، مع محاولة تأصيل تلك الأقوال وأدلتها - قدر المستطاع - من قواعد الفقه الإسلامي ومقاصد الشريعة .

٥- قمت بتخريج المرض الوراثي كعيب مسوغ للتفريق علي أقوال الفقهاء المتقدمين في التفريق للعيب .

٦- اعتنيت بالآيات القرآنية الكريمة بنسخها من المصحف الشريف مع عزوها إلي مواضعها من السور ببيان اسم السورة ورقم الآية .

٧- اعتنيت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة من مصادرها المعتمدة وفق المنهج العلمي المتبع .

هذا والله العلي العظيم أسأل أن بمدني بعونه وتوفيقه ، إنه تعالى ولي ذلك والقادر عليه .

(وما توفيقني إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب)

سورة هود (٨٨)

المؤلف

المبحث الأول

المرض الوراثي وعلاقته بالزواج من المنظور الطبي

تمهيد وتقسيم :

لما كان المرض الوراثي يصيب الإنسان ثم ينتقل إلى ذريته بنسب معروفة في علم الوراثة لزم التعرف على حقيقته وأسبابه وأقسامه وعلاقته بالزواج من المنظور الطبي ، وذلك في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : حقيقة المرض الوراثي وأسبابه .

المطلب الثاني : أقسام المرض الوراثي وعلاقتها بالزواج من المنظور الطبي .

المطلب الأول

حقيقة المرض الوراثي وأسبابه

أولاً : حقيقة المرض الوراثي :

يجدر التقديم لحقيقة المرض الوراثي بتعريف مفرداته أولاً للتعرف على مدى مناسبتها لحقيقته المصطلح عليها طبيياً على النحو التالي :

يقصد بالمرض في اللغة : السقم . وهو نقيض الصحة .^{٢٧٣٩}

وفي الاصطلاح : ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص به .^{٢٧٤٠}

ولفظ (الوراثي) في اللغة : نسبة إلى الوراثة ، وهي تعني : الانتقال ، فيقال ورث فلان المال عن أبيه ، أي صار إليه بعد موته .^{٢٧٤١}

وفي الاصطلاح : انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع ، بحيث يحمل الإنسان نصف صفاته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم .^{٢٧٤٢}

٢٧٣٩ ينظر : لسان العرب لابن متطور ٢٣١/٧ ط / دار صادر بيروت ط/ أولي .

٢٧٤٠ ينظر : تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه ٢٧٧/٢ ط/ دار الفكر بيروت دت ، شرح الزرقاني علي موطأ الإمام مالك ٥١٢/٤ تح / طه عبد الرؤوف سعد ط / مكتبة الثقافة العربية القاهرة ط / أولي ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م ، المفردات في غريب القرآن للأصفهاني ٤٦٦/١ تح / محمد سيد كيلاني ط / دار المعرفة بيروت دت ، التعريفات للجرجاني ص ٢٦٨ تح/أبراهيم الإبياري ط/ دار الكتاب العربي ط / أولي ١٤٠٥ هـ .

٢٧٤١ ينظر : المعجم الوجيز مادة (ورث) ص ٦٦٤ ط وزارة التربية والتعليم المصرية ط ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م .

٢٧٤٢ ينظر : أحكام الهندسة الوراثية سعد بن عبد العزيز الشويرخ ص ٣٣ ط / دار كنوز اشبيليا الرياض السعودية ط / أولي ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م ، مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة د/ عبد الستار أبو غدة ص ١٤٩ ضمن اعمال ندوة الإنجاب في ضوء الاسلام المنعقدة بمنظمة الطب الإسلامي في ٢٤ مايو ١٩٨٣ م ط/ سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي ط/ ثانية ١٩٩١ م.

وعلم الوراثة : هو العلم الذي يعني بالبحث في تركيب المادة الوراثية ووظيفتها وطريقة انتقال الصفات والأمراض من جيل لآخر.^{٢٧٤٣}

لذا يعد علم الوراثة من أقرب العلوم ارتباطاً بالإنسان ، إذ هو المختص بمعرفة التغيرات الوراثية البشرية وعوامل وآليات انتقال الصفات الوراثية المميزة للفرد عبر الأجيال .^{٢٧٤٤}

وبهذا تعني مفردات (المرض الوراثي) أنه مرض منسوب إلى الوراثة ، أي صفات الإنسان التي يكتسبها عن أبائه ، وهو معنى مناسب للمعنى الاصطلاحي التالي .

حقيقة المرض الوراثي في الاصطلاح الطبي :

تعددت عبارات العلماء في ضبط الحقيقة الطبية للمرض الوراثي ، ومن أهم التعريفات الواردة في ذلك ما يأتي :

١- هو مرض مزمن ذو أعراض صحية مستعصية علي العلاج الناجح يتم توارثه من الوالدين إلى الأبناء والبنات عن طريق تناسل المادة الوراثية (الحقيقية الوراثية) .^{٢٧٤٥}

^{٢٧٤٣} ينظر: الهندسة الوراثية لسعد الشويرخ ص ٣٣ مرجع سابق ، حكم الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية د/ عبد الرحمن بن أحمد الجرعي ص ١٣١ ضمن بحوث ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري من منظور إسلامي النعقدة بمجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع المنظمات الإسلامية للعلوم الطبية في جدة ٢٥/٢٣ فبراير ٢٠١٣ ، قام علي ترتيبها ومراجعتها د/ أحمد عبد العليم أبو عليو ط/ جابغة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ط/ أولي ١٤٣٤ هـ-٢٠١٣ م .

^{٢٧٤٤} ينظر : الوراثة مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الولادة د/ محمد البار ص ٢١٢ ، ضمن بحوث ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري سابقة الاشاره ، العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية د/ عبد الهادي مصباح ص ٧٧ ط/الدار المصرية اللبنانية دت، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي د/عبد الناصر أبو البصل ص ٢٩٣ ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة مع آخرين الجزء الأول ط/ دار النقائس الأردن ط/ أولي ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م ، الأمراض الوراثية من منظور إسلامي د/علي محمد يوسف المحمدي ص ٨٠ بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعه قطر عدد (١٥) سنة ١٩٩٧ م .

٢- هو مرض ينتج عن خلل في الصبغة الوراثية الموجودة في كل خلية من خلايا الجسم المعروف علمياً بالكرموسومات أياً كان نوع هذا الخلل .^{٢٧٤٦}

٣- هو مرض يظهر بسبب خلل في المورثات نتيجة تغيرات على الحمض النووي^{٢٧٤٧} .

٤- هو مرض ينتج عن خلل في المادة الوراثية .^{٢٧٤٨}

ويظهر من النظر في تلك التعريفات أنها وإن اختلفت في اللفظ والعبارة إلا أنها متفقة على معنى واحد للمرض الوراثي وهو : أنه مرض ينتج عن خلل معين في المادة الوراثية للإنسان .
ولإيضاح ذلك أقول :

إن حكمته ﷺ اقتضت في خلق الإنسان أن تستودع صفاته الوراثية المتعلقة بالجسد والجنس والصحة والمرض في حقيبة وراثية تتمثل في مادة الأحماض النووية التي تنتزع في كل خلية من خلايا الإنسان على الصبغيات أو الكرموسومات ، والتي يبلغ عددها في كل خلية (٤٦) كرموسوم موجودة على هيئة أزواج ، منها (٢٢) زوج متماثلة في الجنس ، أي متشابهة تشابهاً تاماً في كل

^{٢٧٤٥} امراض الدم الوراثية د/محسن بن علي الحازمي ص ٢٨٩ بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي العدد ٢٠ لسنة ١٨ .

^{٢٧٤٦} الفحص الطبي ما قبل الزواج الأسس والمفاهيم د/ معين الدين السيد ص ٣١١ بحث منشور بمجلة الفقه الإسلامي عدد خاص بأعمال وبحوث دوره السادس عشر بمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة ما بين ٢١ - ٢٦ شوال ١٤٢٢ هـ، ٥-١٠ يناير ٢٠٠٢م المجلد الثالث .

^{٢٧٤٧} الهندسة الوراثية لسعد الشويرخ ص ٦٢ مرجع سابق .

^{٢٧٤٨} إثبات الأمراض الوراثية بالقرائن الطبية وأثاره الفقهية د/هيلة بنت عبد الرحمن اليابس ص ٤٤٢ بحث منشور بمجلة الدراسات الطبية الفقهية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض العدد الأول جمادى الأولى ١٤٣٦ هـ ٢٠١٥ م .

من الذكر والأنثى ، وتحمل الصفات الجسدية للإنسان كطول القامة ولون البشرة والشعر والعينين ومدى قابلية الجسد للأمراض .

يضاف إليها زوج واحد وهو الكرموسوم الجنسي ، وهو الذي يحمل الصفات الجنسية ، وهو متماثل في الأنثى ، لكنه غير متماثل في الذكر ، أي أن كل فرد من هذا الزوج يسمى كرموسوم X وهو متماثل مع كرموسوم X المتواجد في الأنثى، والفرد الآخر يسمى كرموسوم xy .^{٢٧٤٩}

وبعبارة أخرى : تتواجد جميع الصفات الوراثة للإنسان لدى الذكر في (٢٢) زوج من الكرموسوم الجسدي + زوج واحد وهو الكرموسوم الجنسي غير المتماثل xy .

وتتواجد لدى الأنثى علي (٢٢) زوج من الكرموسوم الجسدي + زوج واحد وهو الكرموسوم الجنسي المتماثل $X X$.

^{٢٧٤٩} أمراض الدم الوراثة د/ محسن الحازمي ص ٢٨٩ مجع سابق ، المدخل الإسلامي للهندسة الوراثة البشرية د / سالم نجم ص ٢٣٢ بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي العدد العاشر السنة الثامنة ، الوراثة مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل د / محمد البار ص ٢١٦ مرجع سابق ، الإرشاد الوراثي الوقائي أهميته النوعية والأمراض التي يجري فيها الاختبار الوقائي د/محسن الحازمي من ١٨٧ بحث منشور ضمن اعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثة والجينوم البشري سابقة الإشارة ، نظرة فقهية للإرشاد الجيني د/ ناصر بن عبد الله الميمان ص ٢٦٥ بحث منشور ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثة والجينوم البشري سابقة الإشارة ، زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته د/ سالم نجم ص ١٦٢ ، ١٦٣ بحث منشور بمجلة الفقه الإسلامي العدد ١١ السنة ٨ ، تقنيات الاستنساخ للخلايا والجينات الإنسانية لتشخيص وعلاج الأمراض د/ نجم عبد الله عبد الواحد ص ١٤٦ بحث منشور بمجلة الفقه الإسلامي العدد ١٢ السنة ١٠، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م .

وتشكل الكروموسومات الستة والأربعون ما يشبه سلماً مزدوجاً يرتكز علي جانبيه الرأسيين المورثات (الجينات) ، ^{٢٧٥٠} حاملة كل الصفات البشرية من بدنية وعقلية ونفسية ومرضية ، ويأتي نصف هذا السلم الوراثي من الرجل ، ونصفه الآخر من المرأة ، وعند تلقيح الحيوان المنوي للبيضة يلتصق النصفان طولياً ويتطابقان تطابقاً تاماً بحيث تلتقي كل مورثة من الأب بنظيرها من الأم و يندمجان معاً علي امتداد السلم الوراثي ^{٢٧٥١}

ثانياً : أسباب المرض الوراثي :

تتنوع أسباب المرض الوراثي لكنها تعود جميعاً في حقيقة الأمر إلى سبب رئيسي واحد وهو : الاعتلالات الوراثية على اختلاف نوعها ^{٢٧٥٢} .

فمنها : ما يرجع إلى اعتلال الصبغيات أو الكروموسومات إما باختلال عددها زيادة أو نقصاً عن العدد المعروف وهو ست وأربعين كرموسوم في كل خلية ، مثل مرض متلازمة داون أو الطفل المنغولي ، أو باختلال تركيبها ما ينتج عنه تشوهات جنينية وأمراض وراثية عديدة . ^{٢٧٥٣}

^{٢٧٥٠} الجين : هو عبارة عن جزء من الحامض النووي في نواة الخلية البشرية الحية بتتابع معين من القواعد النيتروجينية . ويعد كل جين مسؤولاً عن تكوين جزء معين من جسد الإنسان من الناحية التكوينية أو الوظيفية ، بحيث لو حدث لهذا الجين عيب في ترتيب القواعد النيتروجينية فإن العضو أو الوظيفة المسؤول عن تكوينها الجين المعيب تصبح ناقصة ومختلة . العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء تالبشرية د/ عبد الهادي مصباح ص ٥٨ ملرجع سابق

^{٢٧٥١} ينظر: زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته د/سالم نجم ص ١٦٣ مرجع سابق .

^{٢٧٥٢} ينظر: امراض الدم الوراثية د/ محسن الحازمي ص ٢٩٠ مرجع سابق ، الإرشاد الوراثي الوقائي د/محسن

الحازمي ص ١٨٧ مرجع سابق ، زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته د/سالم نجم ص ١٦٦ مرجع سابق

^{٢٧٥٣} ينظر : المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية د/ سالم نجم ص ٢٣٤ ، أمراض الدم الوراثية د/ محسن الحازمي ص ٢٩٠ نظرة فقهية للإرشاد الجيني د/ ناصر الميمان ص ٢٦٨ ، الوراثة مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل

ومنها : ما يرجع إلى اعتلال المورثة المفردة أو الجين الواحد ، الذي يتوارثه الإنسان من آبائه وأجداده ذكوراً وإناثاً ، أو يحدث نتيجة طفرة أو تغير في الجين بسبب عوامل بيئية مثل تعرض الأبوين أو أحدهما للإشعاعات الذرية أو الأسلحة الكيماوية أو العضوية ، أو التعرض المفرط للأشعة أو تناول بعض السموم والأدوية والمبيدات الحشرية ونحو ذلك من الملوثات التي ينتج عنها خلل في أحد جينات الإنسان بما يخلف مرضاً في الشخص ونسله .^{٢٧٥٤}

المطلب الثاني

أقسام المرض الوراثي وعلاقتها بالزواج من المنظور الطبي

ينقسم المرض الوراثي باعتبار طرق انتقاله إلى الذرية إلى ثلاثة أقسام :^{٢٧٥٥}

القسم الأول : مرض وراثي سائد :

وهو المرض الذي يكفي في انتقاله إلى الذرية أن يكون أحد الأبوين مصاباً به أو حاملاً لمورثة (جين) معنلة.

د/محمد البار ص ٢٢٣ وما بعدها مراجع سابقه ، قراءة إيمانية للجينوم البشري د/حسام حتوت مقال منشور بمجلة الوعي الإسلامي ص ٣٨ العدد (٤٤٧) ذو القعدة ١٤٢٣ هـ ، الجينات وبيولوجيا الأمراض الوراثية د/ منير علي الجنزوري ص ٧٤ ط/ دار المعارف القاهرة دت.

^{٢٧٥٤} ينظر: الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة مفاحصه للفحوصات الطبية الجينية د/محمد البار ص ١٥٣٦ بحث منشور بمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة المجلد الرابع ، أمراض الدم الوراثية ص ٢٩٠ مرجع سابق ، الإرشاد الوراثي والوقائي ص ٨٧ مرجع سابق ، نظرة فقهية للإرشاد الجيني ص ٢٦٨ مرجع سابق ، الجينات وبيولوجيا الأمراض الوراثية ص ٣٣ . ٧٥ ، ٧٩ مرجع سابق .

^{٢٧٥٥} ينظر : الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه د/ محمد البار ص ٤١٨ بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي العدد (٤) السنة (٢) ، الفحص الطبي ما قبل الزواج د/معين السيد ص ٣١٠ مرجع سابق .

فإذا كان أحد الأبوين حاملاً للصفة الوراثية للمرض فسيصاب به نصف الأبناء ذكوراً كانوا أو إناثاً ، وأما إذا كان الأبوان معاً حاملين للصفة الوراثية للمرض فسيصاب به جميع الأبناء .^{٢٧٥٦}

هذا ويبلغ عدد الأمراض الوراثية السائدة المكتشفة حتى عام ١٩٩٤ م : (٤٤٥٨) مرضاً^{٢٧٥٧} ،
ومن أشهرها الأمراض التالية :

^{٢٧٥٦} ينظر: الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/ محمد البار ص ١٥٣٧ ،
الوراثة مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل د/ محمد البار ص ٢٢٧ ، الفحص الطبي ما قبل الزواج د/ معين
الدين السيد ص ٣١١ ، الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه د/ محمد البار ص ٤١٨ ، المدخل الإسلامي للهندسة
الوراثية البشرية د/ سالم نجم ص ٢٤٢ ، زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته د/ سالم نجم ص ١٦٧ مراجع سابقة .

^{٢٧٥٧} ينظر: الفحص ما قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة في الفحوصات الطبية الجينية د/ محمد البار ص
١٥٣٧ ، الوراثة مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل د/ محمد البار ص ٢٢٨ مرجعان سابقان ، الكشف الطبي
قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة د/ أحمد كنعان ص ٨٦٥ بحث منشور بمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة
والقانون سابق الإشارة المجلد الثاني .

١- مرض (رقص هنتجون) :

وهو مرض عضال يصيب حامله في البداية باضطرابات عاطفية ، فيصاب المريض بحالة شديدة من الكآبة التي تؤدي به إلى الانتحار ، أو يصاب بحالات الشك المرضية أو حالات الاعتقادات الباطلة أو حالات الهلوسة بسماع أو رؤية أشباح لا وجود لها في الواقع ، أو حالات مرض الفصام (الشيزوفرينيا) بكافة أعراضه.

ثم يصاب المريض بعد تلك المرحلة باهتزاز شديد وحركة لا إرادية في الوجه واليدين وباقي الأطراف يعقبها جنون تام ووفاة خلال بضع سنوات من بداية ظهور أعراض المرض .^{٢٧٥٨}

ومما يؤسف له : عدم اكتشاف علاج لهذا المرض حتى الآن ، وما يزيد الأسى أن الشخص الحامل للصفة الوراثية لهذا المرض يولد سليماً معافى ، فلا تظهر عليه أعراض المرض في الأعم الأغلب إلا في سن الخامسة والثلاثين أو الأربعين ، حيث يكون مثله قد تزوج بل وأنجب عدداً من الأبناء فيصاب نصفهم بذات المرض العضال المميت .^{٢٧٥٩}

٢- مرض (متلازمة مارفان):

وهو مرض يصيب العظام والشريان الأورطي ، وهو أقل خطورة من سابقه ، إذ يمكن علاج بعض أعراضه بالجراحة الطبية .

^{٢٧٥٨} ينظر: الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه د/محمد البار ص ٤١٨ ، ٤١٩ مرجع سابق .

^{٢٧٥٩} ينظر : المرجع السابق ص ٤١٨ ، الوراثه مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل د/ محمد البار ص ٢٢٧ مرجع سابق .

٢- مرض الكلى ذات الأكياس المتعددة :

وهو مرض يصيب البالغين وينتهي بالفشل الكلوي ، ويضطر المصاب به إلى أحد طريقتين أيسرهما وعر شاق خاصة مع ضيق الحال ، الأول : زرع الكلى . والثاني : الغسيل الكلوي .^{٢٧٦٠}

ويظهر مما يقدم : جسامة المرض الوراثي السائد وخطورته على الشخص الحامل للصفة الوراثية المعتلة ، نظراً لعدم اكتشاف علاج ناجح لغالبية تلك الأمراض حتي الآن ، فضلاً عن حتمية انتقال المرض وراثياً إلى نصف الأبناء ذكوراً كانوا أو أنثاء.

القسم الثاني : مرض وراثي متنحي .

وهو الذي لا ينتقل إلى الذرية إلا إذا كان الوالدان معاً حاملين للمورثة المعتلة .

فلا يكفي في انتقاله إلى الأبناء حمل أحد الوالدين فقط للصفة الوراثية للمرض ، بل لابد أن يكون الوالدان معاً حاملين لها ، وبهذا يفترق عن المرض الوراثي السائد.^{٢٧٦١}

ويجدر التنبيه : إلى أن حامل المورثة (الجين) المعتلة المسيبة للمرض الوراثي المتنحي إنما هو شخص سليم لا يعاني من أعراض المرض ، لكنه إذا تزوج بشخص يحمل ذات المورثة فإن ذريتهما ستصاب بهذا المرض الوراثي المتنحي بنسبة الربع ، وبالأحرى ، فإن احتمالية إصابة ذريتهما بهذا المرض تصل إلى الربع ، أي أن واحداً من كل أربعة أبناء معرض للإصابة بالمرض ، حيث ستجتمع في سلمه الوراثي الصفة المعتلة من كلا الأبوين معاً .

^{٢٧٦٠} ينظر: الوراثه مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل د/ محمد البار ص٢٢٨ مرجع سابق .

^{٢٧٦١} ينظر: المرجع السابق بذات الموضوع ، الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه د/ محمد البار ص٤٢٠ ، المدخل الاسلامي للهندسة الوراثية د/ سالم نجم ص ٢٤٢ ، الفحص الطبي قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/محمد البار ص ١٥٣٧.الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة د/ أحمد كنعان ص ٨٦٥ مراجع سابقة.

هذا بينما يكون نصف الذرية حاملاً للصفة الوراثية فقط ، أي دون الإصابة بالمرض ، أما الربع الأخير فينجو تماماً فلا يصاب بالمرض ولا يحمل صفته الوراثية .^{٢٧٦٢}

وهذه النسبة احتمالية ، بمعنى أنها قد تحقق ، وقد تتخلف فتصاب الذرية جميعها بالمرض ، وقد ينجو جميعها فالاحتمال وارد في كل حمل .^{٢٧٦٣}

ويبلغ عدد الامراض الوراثية المكتشفة حتي عام ١٩٩٤ (١٧٥٠) مرض^{٢٧٦٤} ، ومن أشهرها الأمراض التالية :

١- مرض (الانيميا المنجلية) :

وهو مرض وراثي يتسبب في فقر دم انحلالي ، نظراً لتكسر خلايا الدم الحمراء قبل نهاية عمرها الطبيعي ومعدله مائة يوم . ومن ثم يتسبب في جلطات متعددة في الأعضاء المختلفة والأطراف وإصابات متعددة في الرئتين والعظام .^{٢٧٦٥}

^{٢٧٦٢} ينظر: الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/ محمد البار ص ١٥٣٩ ، الجنين المشوه د/محمد البار ص ٤٢ ، ٤٢١ ، الفحص الطبي ما قبل الزواج د/ معين الدين السيد ص ٣١١ مراجع سابقه .
^{٢٧٦٣} ينظر: الوراثة مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل د/ محمد البار ص ٢١٩ ، ٢٢٩ . مرجع سابق .
^{٢٧٦٤} ينظر المرجع السابق ص ٢٢٩ ، الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة د/ أحمد كنعان ص ٨٦٥ ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية د/ محمد البار ص ١٥٣٧ مرجعان سابقان
^{٢٧٦٥} نظر : الوراثة د / محمد البار ص ٢١٩ ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/ محمد البار ص ١٥٣٢ ، ١٥٣٣ ، أمراض الدم الوراثية د/ محسن الحازمي ص ٢٩٦ ، الفحص الطبي ما قبل الزواج د/ معين الدين السيد ص ٣١٢ مراجع سابقة .

٢- مرض (الثالاسيميا) :

وهو مرض وراثي يتسبب في تغيير في عظام الوجه والأطراف وقرحات في الساق وتكون حصوات المرارة وتضخم الطحال وتأخر النمو . ويحتاج المصاب به إلى نقل دم متكرر كل عام مما يؤدي إلى ترسب الحديد في الكبد والقلب وغيرها من الأعضاء .^{٢٧٦٦}

وعلاج هذا المرض باهظ التكاليف ومرهق جداً للأسرة والمجتمع ، حيث يحتاج الطفل المريض بعد ولادته بأشهر قليلة إلى نقل دم مع إعطاء بعض العقاقير لتجنب مضاعفات المرض ، وتزداد الجرعة مع تقدم العمر ومن ثم تزداد التكلفة لتصل في تقدير منظمة الصحة العالمية عام ١٩٩٣ م إلى (١٠٥٠٠) دولار أمريكي للفرد سنوياً ، فضلاً عن تكلفة نقل الدم والفحوص الطبية وأجرة الأطباء والمستشفيات ، ما يمثل حرجاً ومشقة لأسرة المريض ، بل عبئاً كبيراً على الدولة التي ينتشر فيها المرض^{٢٧٦٧} .

ويكثر انتشار هذا المرض في عديد من دول البحر الأبيض المتوسط ، كالإيونان وإيطاليا وقبرص وتركيا ودول شمال أفريقيا وبعض دول الخليج العربي كالسعودية والبحرين .^{٢٧٦٨}

ويظهر جلياً خطورة المرض الوراثي المتنحي علي الذرية إذا كان الوالدان معاً حاملين لصفة وراثية معتلة وتم اقترانهما ، فهما في ظاهر الأمر غير مصابين بالمرض لكنهما سيورثان المرض

^{٢٧٦٦} ينظر : الوراثة د/ محمد البار ص لا ٢٣١ ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/ محمد البار ص ١٥٤١ مرجعان سابقان .

^{٢٧٦٧} ينظر : الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/محمد البار ص ١٥٤١ مرجع سابق .

^{٢٧٦٨} ينظر : المرجع السابق ص ١٥٤ ، الوراثة د/ محمد البار ص ٢٣١ مرجع سابق .

إلى أبنائهما ، لذا يكثر ظهور الأمراض الوراثية المتنحية في زواج الأقارب والبيئات الاجتماعية المغلقة دينياً وطائفيًا . ٢٧٦٩

القسم الثالث : مرض وراثي مرتبط بصبغي الجنس :

وهو الذي ينتج عن وجود صفة وراثية معتلة علي الصبغي (الكرموسوم) الجنسي (X) المسئول عن تحديد جنس الجنين .

ويتميز المرض الوراثي المرتبط بصبغي الجنس بأنه يصيب نصف الذكور من الأبناء بينما تحمل الإناث الصفة المورثة للمرض فقط دون أن تظهر عليهن أعراضه .

بمعنى : أنه إذا كانت المرأة حاملة للمرض فإن نصف ذريتها الذكور عرضة للإصابة بالمرض ، في حين أن نصف ذريتها من الإناث عرضة لحمل الصفة الوراثية للمرض دون الإصابة به ، حتى إذا تزوجن نقلن المرض إلى نصف ذريتهن من الذكور . ٢٧٧٠

^{٢٧٦٩} ينظر: الكشف الطبي قبل الزواج د/ أحمد كنعان ص ٨٦٥ ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/ محمد البار ص ١٥٣٩ مرجعان سابقان .

^{٢٧٧٠} ينظر: الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي د/ عارف علي عارف ص ٧٨٧ بحث ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة مع آخرين الجزء الأول ط/ دار النفائس الأردن ط/ أولي ١٤٢١ هـ ٢٠٠١ م ، الجنين المشوه د/ محمد البار ص ٤٢١ ، المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية د/ سالم نجم ص ٢٤٣ مرجعان سابقان .

ويبلغ عدد الأمراض الوراثية المرتبطة بالصبغي الجنسي : (٤١٢) مرضاً^{٢٧٧١} ، ومن أشهرها الأمراض التالية :

١- مرض (الهيموفيليا) :

وهو مرض وراثي يتسبب في النزيف الشديد المتكرر للمريض عند أدنى إصابة ، وذلك بسبب بعض أحد المواد البروتينية في بلازما الدم والتي تساعد علي إيقاف نزف الدم عند الإصابة .^{٢٧٧٢}

٢- مرض (خلل دوشين) :

وهو مرض وراثي أقل شهرة من سابقه لكنه أشد خطورة منه ، إذ يصاب به الذكور فقط فيتعرضون لضعف شديد في عضلات الجذع والفخذين والساقين يعقبه شلل تام ثم ينتهي بالوفاة خلال بضعة أعوام من ظهور أعراضه .^{٢٧٧٣}

ولا يخفى على الناظر خطورة ذلك النوع من الأمراض الوراثية على ذرية الشخص الحامل له ، حيث يورث المرض إلى نصف ذكوره ويورث صفته فقط إلى نصف إناثه ليورثتها بعد زواجهن إلى أبنائهن على ذات النحو .

والخلاصة :

أن المرض الوراثي على اختلاف أسبابه وأقسامه ذو أثر خطير على الزواج ، من جهة إصابة أحد الزوجين به وتوريثه إلى ذريته وفق ما قرره علم الوراثة ، خاصة مع ازدياد عدد الأمراض

^{٢٧٧١} ينظر: الكشف الطبي قبل الزواج د/أحمد كنعان ص ٨٦٥ مرجع سابق .

^{٢٧٧٢} ينظر: الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه د/محمد البار ص ٤٢١ ، الأختبار الجيني والوقايه من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي د/ عارف علي عارف ص ٧٨٧ هامش (١) ، المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية د/ سالم نجم ص ٢٤٣ مراجع سابقة .

^{٢٧٧٣} الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه د/ محمد البار ص ٤٢١ مرجع سابق .

الوراثية يوماً بعد يوم بسبب ما يكشف عنه التقدم العلمي المتلاحق في هذا المجال^{٢٧٧٤} ، بالإضافة إلى بقاء أكثرها مستعصياً على العلاج الناجح الخالي من المضاعفات فضلاً عن تكاليفه الباهظة التي تفوق قدرة الأسرة علي تحمله ، لينتقل العبء إلى كاهل مؤسسات الدولة لرعاية ذرية قدر عليها أن تولد معتلة.^{٢٧٧٥}

ولا شك أن ذلك كله يجعل المرض الوراثي خطراً عظيماً يهدد أمن مؤسسة الزواج واستقرارها ويقطع التوافق بين الزوجين ويفسد صلاح النسل المرجو بها طبعاً وشرعاً.

المبحث الثاني

المرض الوراثي وعلاقته بالزوج من المنظور الشرعي

المطلب الأول

المرض الوراثي من منظور الشريعة الإسلامية

إذا كان العلم الحديث قد اكتشف قوانين الوراثة في مطلع القرن العشرين فإن ذلك لا يعني عدم ملاحظة الصفات المشتركة بين الأبناء والأبء قبل ذلك التاريخ ، بل قد أدرك الإنسان منذ أزمنة طويلة انتقال الصفات الوراثية المشتركة في أبناء العائلة الواحدة من جيل لآخر .^{٢٧٧٦}

^{٢٧٧٤} ينظر : الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة د/ أحمد كنعان ص ٨٦٥ ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/محمد البار ص ١٥٣٨ ، أمراض الدم الوراثية د/ محسن الحازمي ص ٣٠١ مراجع سابقة .

^{٢٧٧٥} ينظر: الإرشاد الوراثي الوقائي د/ محسن الحازمي ص ١٨٧ ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/ محمد البار ص ١٥٣٨ ، أمراض الدم الوراثية د/ محسن الحازمي ص ٣٠١ مراجع سابقة .

^{٢٧٧٦} ينظر : العلاج الجيني ومستقبل الطب في القرن القادم د / عبد الهادي مصباح ص ١٠ ط / الدار المصرية اللبنانية القاهرة ط / أولي ٢٠١٠ م .

وممن أدرك تلك الحقيقة العرب في الجاهلية ، لكن بصورة مناسبة لظروف عصرهم ، ومن شواهد ذلك ما يأتي :

١- أنهم عرفوا نوعاً من الزوج يسمى " نكاح الاستبضاع" ، فكان الرجل يأمر امرأته إذا طهرت من الحيض أن تذهب إلى رجل من أكابرهم في القوة أو الشجاعة أو الذكاء أو نحوها طالبة منه الجماع ، ثم لا يمسه زوجها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل .^{٢٧٧٧}

وإنما كان قصدهم من نكاح الاستبضاع تحصيل الولد من صلب المستبضع منه ، اعتباراً منهم لانتقال الصفات الوراثية المرغوبة من صاحب الماء إلى الولد رغبة في نجابته ونباهته وتميزه بين أترابه .

قال الإمام ابن حجر : " وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد ، أي اكتساباً من ماء الفحل ، لأنهم كانوا يطلبون ذلك من أكابرهم ورؤسائهم في الشجاعة أو الكرم أو غير ذلك . " ^{٢٧٧٨}

٢- أن العرب قد استعملوا القيافة وسيلة لإثبات النسب .

ويقصد بها : اعتبار الأشباه في إلحاق النسب ، وذلك بتتبع آثار الصفات الوراثية الظاهرة على الأبناء في الأبناء .^{٢٧٧٩}

^{٢٧٧٧} روى الإمام البخاري في صحيحه عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : (إن النكاح في الجاهلية كان علي أربعة أنحاء : فنكاح منها نكاح الناس اليوم ، يخطب الرجل إلي الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها ، ونكاح آخر : كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه ، ويعتزلها زوجها ولا يمسه أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه ، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب ، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد ، فكان هذا نكاح الاستبضاع الحديث) كتاب النكاح ، باب من قال لا نكاح إلا بولي ١٩٧٠/٥ تح د / مصطفى ديب البغا ط / دار ابن كثير ودار اليمامة بيروت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

^{٢٧٧٨} فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٨٥/٩ تح / محمد فؤاد عبد الباقي ط / دار المعرفة بيروت ١٣٧٩هـ . وينظر في معناه : عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني ١٢٢/٢٠ ط / دار إحياء التراث العربي بيروت د ت .

ويسمى العالم بها قائف - للمفرد وقافة للجمع - إذا ظهرت معرفته بها وتكررت منه الإصابة ، فلا يختص بمعرفتها قبيلة معينة وإن اشتهرت في بني المدلج .^{٢٧٨٠}

وهي من العلوم التي اشتهر العرب بمعرفتها .^{٢٧٨١} ، للحاجة اليها في إلحاق نسب الولد الناتج عن بعض أنكحتهم المشتهرة في الجاهلية .^{٢٧٨٢}

ثم جاءت الشريعة الإسلامية لتؤكد ملاحظتها انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع في نصوص شرعية عديدة مرتبطة بوقائع عملية في هذا الشأن . ومن أشهر تلك النصوص وأوضحها دلالة على ذلك ما يأتي :

^{٢٧٧٩} ينظر : إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ص ٦١٠ تح / الشيخ أحمد محمد شاكر ط / مكتبة السنة القاهرة ط / أولي ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، شرح فتح القدير لابن الهمام ٥١/٥ ط / دار الفكر بيروت ، المغني لابن قدامة ١٠٧/٨ تح د / محمد شرف الدين خطاب و د/ السيد محمد السيد والأستاذ سيد إبراهيم صادق ط / دار الحديث القاهرة ط / أولي ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

^{٢٧٨٠} ينظر : المغني لابن قدامة ١٠٧/٨ ، ١٠٨ .

^{٢٧٨١} ينظر : إحكام الأحكام ص ٦١٠ .

^{٢٧٨٢} روى الإمام البخاري عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : " يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة لا تمنع من جاءها ، وهن البغايا كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علماً ، فمن أرادهن دخل عليهن ، فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها جمعوا لها ودعوا لهم القافة ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون فالتاط به ودعي ابنه لا يمتنع من ذلك الحديث) تقدم تخريجه .

١- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن أعرابياً أتى رسول الله ﷺ فقال : إن امرأتي ولدت غلاماً أسود وإني أنكرته . فقال له النبي ﷺ : (هل لك من إبل؟) قال : نعم . قال ﷺ : (ما لونها؟) قال : حمر . قال ﷺ : (هل فيها من أورك؟) قال : نعم . قال ﷺ : (فأني هو؟) قال : لعله نزعه عرق . قال ﷺ : (وهذا لعله يكون نزعه عرق له) .^{٢٧٨٢}

وجه الدلالة :

أن الأعرابي لما استغرب لون ولده أجابه النبي ﷺ بما يدفع ذلك عنه بأسلوب بليغ ميسور الفهم قريب للذهن حتى يفتن إلى الحكم وعلته بنفسه ، حيث شبه النبي ﷺ ولادة غلام أسود له وهو أبيض بولادة جمل أورك ، أي رمادي اللون لإبل حمر بجامع نزع العرق .

والمعنى : أن سبب اختلاف لون الولد عن أبيه وكذا الجمل عن سائر الإبل أنه قد وجد في أصول كل منهما ما يحمل تلك الصفة الوراثية الخاصة باللون فظهرت علي الوليد بعد أن كانت متحفية في أصله المباشر .

قال الإمام العيني : " قوله نزعه عرق " أي جذبه إليه وأظهر لونه عليه يعني شبيهه"^{٢٧٨٤}

بل نقل بعض العلماء أنهم بحثوا في أصول هذا الغلام فوجدوا له جدة سوداء من جهة أمه .^{٢٧٨٥}

^{٢٧٨٢} رواه البخاري في ك الطلاق ، باب إذا عرض بنفي الولد ٢٠٣٢/٥ ، ومسلم في ك اللعان ، واللفظ له ١١٣٧/٢ تح

/ محمد فؤاد عبد الباقي ط / دار إحياء التراث العربي بيروت د ت .

^{٢٧٨٤} عمدة القاري ٢٠/٢٩٤ ، وينظر في معناه : فتح الباري لابن حجر ٩/٤٤٢ ، ٤٤٣ ، نيل الأوطار للإمام الشوكاني ٧/٧٥ ط / إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية د ت ، الإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملقن ٨/٤٥٣ تح / عبد العزيز بن أحمد المشيخ ط / دار العاصمة بالرياض ط / أولي ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .

^{٢٧٨٥} ينظر : الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي د / عارف علي عارف ص ٧٨٣ مرجع سابق .

جاء في الإعلام بفوائد عمدة الأحكام : " فقدم عجائر بني عجل فأخبرن أنه كان للمرأة جدة سوداء .^{٢٧٨٦}

وجدير بالذكر : أن في الحديث الشريف إشارة إلى ما اكتشفه علم الوراثة في العصر الحديث من وجود صفات وراثية متنحية (صحيحة أو معتلة) محمولة علي الشريط الوراثي للإنسان ، لا تظهر آثارها على الشخص وإنما تظهر علي ذريته عند وجود ذات الصفة في الشريط الوراثي للزوجة . وهذا يعني أن الشبه بين المولود ووالديه المباشرين قد يكون ظاهراً وقد يكون غير ظاهر ، لوجود صفات وراثية متنحية تجذب المولود في الشبه إلى أحد أصوله غير المباشرين .^{٢٧٨٧}

٢- ما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : دخل علي رسول الله (ﷺ) ذات يوم مسروراً فقال : (يا عائشة : ألم تري أن مجزز المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيد وعليهما قטיפه قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهم فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض) .^{٢٧٨٨}

وجه الدلالة :

أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة بن زيد للتباين بين لونه ولون أبيه في السواد والبياض ، فلما حكم مجزز المدلجي بنسبة أسامة إلى زيد بالقيافة سر النبي (ﷺ) لإبطال طعن المشركين في نسب أسامة ، لكون القيافة حجة عند العرب في معرفة الأنساب .

وسروره (صلى الله عليه وسلم) واستنباره تقرير لحجية القيافة في إثبات النسب ؛ لأنه (صلى الله عليه وسلم) لا يسر بما يخالف الشرع .^{٢٧٨٩}

^{٢٧٨٦} ينظر : المرجع المذكور ٤٥٢/٨ .

^{٢٧٨٧} ينظر في هذا المعني : الوراثة مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل د / محمد البار ص ٢٠٦ ، الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي ص ٧٨٣ مرجعان سابقان .

^{٢٧٨٨} رواه البخاري في ك المناقب ، باب صفة النبي (ص) ١٣٠٤/٣ ، ومسلم في ك الرضاع ، باب العمل بإلحاق القائف الولد . واللفظ له ١٠٨١ / ٢ .

قال الإمام ابن القيم : " وأصول الشرع وقواعده والقياس الصحيح تقتضي اعتبار الشبه في حقوق النسب " .^{٢٧٩٠}

ولا شك أن اعتبار الشبه في ثبوت النسب بالقيافة لازم عن انتقال الصفات الوراثية الجسدية من الآباء للأبناء ، وهو ما قررته قوانين الوراثة حديثاً .

٣- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه قال في شأن الملاعنة : (أبصروها ، فإن جاءت به سابع الإليتين مدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء) ، فجاءت به كذلك ، فقال النبي (صلى الله عليه وسلم) (لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن) .^{٢٧٩١}

وجه الدلالة :

أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قد اعتبر الشبه بين ولد الملاعنة وبين من فذفت به ، وكان موجب ذلك إقامة حد الزنا عليها لولا امتناعه باللعان ،^{٢٧٩٢} وفي ذلك إشارة إلى انتقال الصفات الوراثية من صاحب النطفة إلى الولد .

٤- ما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام ، فقال سعد: يا رسول الله هذا ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه انظر إلى شبهه . وقال عبد بن زمعة : هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته . فنظر

^{٢٧٨٩} ينظر: المغني لابن قدامة ١٠٥/٨ ، إحكام الأحكام ص ٦٠٩ ، نيل الأوطار ٨٠/٧ ، ٨١

^{٢٧٩٠} الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٣٢٣ ط/ مطبعة المدني القاهرة دت .

^{٢٧٩١} رواة البخاري في ك التفسير ، باب (ويدراً عنها العذاب) ١٧٧٢/٤

^{٢٧٩٢} ينظر: المغني لابن قدامة ١٠٥/٨ ، الطرق الحكمية ص ٣٢٢ ، نيل الأوطار ٦٨/٧ .

رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إلى شبهه فرأى شيها بينا بعتبة فقال : (هو لك يا عبد الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه ياسودة بنت زمعة) فلم تره سودة قط .^{٢٧٩٣}

وجه الدلالة :

أن النبي (صلى الله عليه وسلم) اعتبر شبه الولد بعتبة بن أبي وقاص فأمر سودة بنت زمعة بالاحتجاب رغم إلحاقه (عليه وسلم) الغلام بنسب أبيها بمقتضى فراش الزوجة لقوة سببته عن الشبه .

وفي ذلك إعمال من النبي (صلى الله عليه وسلم) للأمرين معاً ، إذ أعمل الشبه في عدم ثبوت المحرمية بين سودة والغلام ، وأعمل الفراش في ثبوت النسب .^{٢٧٩٤}

قال الإمام ابن القيم : "...وحيث اعتبرنا الشبه في لحوق النسب فإنما ذلك إذا لم يقاومه سبب أقوى منه ، ولهذا لا يعتبر مع الفراش ، بل يحكم بالولد للفراش وإن كان الشبه لغير صاحبه ، كما حكم النبي (صلى الله عليه وسلم) في قصة عبد بن زمعة بالولد المتنازع فيه لصاحب الفراش ، ولم يعتبر الشبه المخالف له - أي للفراش - فأعمل النبي (ﷺ) الشبه في حجب سودة حيث انتفى المانع من إعماله في الحكم بالشبه إليها ولم يعمل في النسب لوجود الفراش ."^{٢٧٩٥}

والخلاصة :

أن جميع النصوص السابقة ونحوها شواهد قوية على ملاحظة الشريعة الإسلامية لشأن الصفات الوراثية وانتقالها من الأصول إلى الفروع ، سواء كانت صفات سائدة أو متحيزة .

^{٢٧٩٣} رواه البخاري في ك البيوع ، باب الشراء والبيع مع المشركين وأهل الحرب ٧٧٣/٢ .

^{٢٧٩٤} ينظر: المغني لابن قدامة ١٠٦/٨ ، الطرق الحكيمة ص ٣٢٣ ، إحكام الأحكام ص ٦٠٧ ، نيل الأوطار ٧٨/٧ .

^{٢٧٩٥} الطرق الحكيمة ص ٣٢٣ .

وهذه الصفات الوراثية منها ما هو جيد محمود لتعلقه بالصحة والجمال والقوة والشجاعة والذكاء ونحوها ، ومنها ما هو غير ذلك لتعلقه بالضعف الجسدي والمرض والبلاهة ونحو ذلك من الأمراض الوراثية .^{٢٧٩٦}

المطلب الثاني

علاقة المرض الوراثي بالزواج في الشريعة الإسلامية

لقد خلص البحث إلى أن المرض الوراثي منه ما هو سائد تظهر أعراضه على الشخص الحامل لصفته الوراثية فضلاً عن انتقاله إلى نصف ذريته ، ومنه ما هو متنجي لا تظهر أعراضه على الشخص الحامل لصفته الوراثية وإنما يظهر على ذريته حال زواجه من امرأة تحمل ذات الصفة ، ومنه ما هو مرتبط بالكرموسوم الجنسي بحيث ينتقل إلى ذرية الشخص وفق الكيفية والنسبة المعروفة في علم الوراثة .

ولما كان عدد الأمراض الوراثية في تزايد مستمر وغالبها مستعصياً على العلاج الخالي من المضاعفات - كما سبق إيضاحه - كان المرض الوراثي عائقاً بل مانعاً من تحقيق مقصود الشارع الحكيم من الزواج ، حيث شرع الزواج لمقاصد وغايات عديدة أولها وأكدها المقصدين التاليين :

^{٢٧٩٦} ينظر: موقف الإسلام من الأمراض الوراثية د/ محمد عثمان شبير ص ٣٣٤ ضمن دراسات فقهية في قضايا معاصرة الجزء الأول ط/ دار النفائس الأردن ط/أولى ١٤٢١ هـ ٢٠٠١ م

الأول : حصول التآلف والتوافق بين الزوجين علي نحو يضمن بقاء الزواج واستمراره في جو من المودة والرحمة وطيب العشرة بين الزوجين . قال تعالى : (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) .^{٢٧٩٧}

والثاني : تحصيل النسل الصالح الذي يعبد الخالق جل علاه ويعمر كونه وفق مراده تعالى . بل صرح حجة الإسلام الغزالي بأن تحصيل النسل هو المقصود الأصلي للشارع من النكاح قائلاً :

" وفيه - أي النكاح - فوائد خمس : الولد وكسر الشهوة وتدبير المنزل وكثرة العشيرة ومجاهدة النفس بالقيام بهن . الفائدة الأولى : الولد وهو الأصل وله وضع النكاح .^{٢٧٩٨}

ويزيد الأمر تأكيداً فيقرر أن تحصيل النسل قرينة وطاعة لله ﷻ من عدة وجوه ، أدقها وأقواها عند ذوي البصائر النافذة في عجائب صنع الله تعالى موافقة محبة الله تعالى في تحصيل الولد لإبقاء جنس الإنسان .^{٢٧٩٩}

وما أبلغ القرآن الكريم حيث جمع المقصدين في دعاء عباد الرحمن : (رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَدَرِّيَاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا) .^{٢٨٠٠}

وهنا يتساءل البحث : كيف تقر العين بالزوج مع إصابته بمرض وراثي ؟ وكيف تقر العين بالذرية المصابة بالمرض الوراثي ؟

^{٢٧٩٧} سورة الروم (٢١) .

^{٢٧٩٨} إحياء علوم الدين ٢/٢٤ ط / دار المعرفة بيروت دت .

^{٢٧٩٩} ينظر: المرجع السابق بذات الموضوع .

^{٢٨٠٠} سورة الفرقان (٧٤)

لا ريب أن الذرية المريضة المعاقة لن تكون هي المبتغاة شرعاً من الزواج ، بل ستكون ابتلاءً وجهداً وعناءً نفسياً للوالدين حال حياتهما وللإخوة بعد وفاتهما ، فضلاً عن المشقة والحرَج المالي الذي يلحق الأسرة ومؤسسات الدولة في الإنفاق على علاجها ورعايتها .

ونظراً لعظيم خطر المرض الوراثي على الحياة الزوجية من جهة انتفاء التآلف والتوافق الجسدي والنفسي بين الزوجين ، ومن جهة افتقاد النسل الصالح لإعمار الكون وحمل أمانة التكليف ، ندب الشارع الحكيم المقبلين على الزواج إلى الاحتراس والحيطه لتوقي الأمراض الوراثية أو علي الأقل الحد منها صيانة لمقصود الشارع من دوام العشرة الطيبة بين الزوجين وحفظ النسل إيجاباً وإيقاءً ، وذلك من خلال الوسائل الآتية :^{٢٨٠١}

أولاً: جاءت الشريعة الإسلامية بحكم كلي عام يتضمن انتظام المصالح المقصودة شرعاً بالزواج وينتظم كثيراً من السبل والتدابير التي يحترز بها عن المرض الوراثي ، ألا وهو : مراعاة تخير الزوج .

ويقصد به : أن يقوم كل من الزوجين بتخير الآخر ضماناً لتحقيق التآلف والتوافق بينهما .

والخطاب الشرعي بذلك الحكم وإن كان متوجهاً في الغالب إلى الرجل باعتباره من يبادر في العادة بإسداء الرغبة في الخطبة والزواج ، لكنه شامل أيضاً للمرأة وأوليائها .^{٢٨٠٢}

ويشهد لذلك - مع قواعد الشريعة ومقاصدها العامة - قوله (صلى الله عليه وسلم) (تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم) .^{٢٨٠٣}

^{٢٨٠١} ينظر: موقف الإسلام من الأمراض الوراثية د/ محمد عثمان شبير ص ٣٣٥ ، الاختبار الجيني د/عارف علي عارف ص ٧٨٣ ، ٧٨٤ ، مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة د/عبد الستار أبو غدة ص ١٥١ ، ١٥٢ مراجع سابقة .

^{٢٨٠٢} ينظر: مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة د/عبد الستار أبو غدة ص ١٥١ ، ١٥٢ ، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية د/محمد عثمان شبير ص ٣٣٥ مرجعان سابقان .

وجه الدلالة :

أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قد أمر الأولياء بأن يزوجوا مولاتهم من البنات والأخوات بالأكفاء ، لتتحقق المجانسة ويندفع العار. ٢٨٠٤

كما أمر (صلى الله عليه وسلم) الرجل بتخير زوجته ؛ لأنها محل الحرث حتى تصادف النطفة رحماً ذا أصل طاهر يستمد الولد منه صفاته الخلقية والخلقية .

قال الإمام المناوي : " (تخيروا لنطفكم) أي لا تضعوا نطفكم إلا في أصل طاهر ، فإن النساء يلدن أشباه إخوانهن وأخواتهن غالباً. " . ٢٨٠٥

وقال في موضع آخر : " ... لأن الولد ينزع إلى أصل أمه وطبعها وشكلها. " . ٢٨٠٦

ولا شك أن من أولويات التخير المطلوب شرعاً من الرجل والمرأة والأولياء : ألا يكون أحد الزوجين مصاباً بمرض وراثي ، لئلا ينقطع دوام الألفة وطيب العشرة بين الزوجين ، وحتى يمان النسل من المرض ويحفظ من الإصابة بالتشوه والإعاقة . ٢٨٠٧

ويؤيد ذلك أيضاً : عموم قوله (صلى الله عليه وسلم) : (لا يورد ممرض علي مصح) . ٢٨٠٨

٢٨٠٣ رواه الحاكم في المستدرک ك النکاح ، وقال : " هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه " ١٧٦/٢

تح / مصطفى عبد القادر عطا ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

٢٨٠٤ ينظر : شرح سنن ابن ماجه للسيوطي وآخرين ص ١٤١ ط / قديمي كبت خانه ، كراتشي .

٢٨٠٥ فيض القدير شرح الجامع الصغير ٣ / ٢٣٧ ط / المكتبة التجارية الكبرى مصر ط / أولى ١٣٥٦ هـ

٢٨٠٦ التيسير بشرح الجامع الصغير ١ / ٤٤٦ ط / مكتبة الإمام الشافعي بالرياض ط / ثلاثة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

٢٨٠٧ ينظر : مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة د/ عبد الستار أبو غدة ص ١٥٣ ، موقف الإسلام من الأمراض

الوراثية د/ محمد عثمان شبير ص ٣٣٦ ، الاختبار الجيني د/ عارف علي عارف ص ٣٨٤ مراجع سابقه .

فهو وإن كان وارداً في العدوى إلا أن مقصده عام في عدم إدخال المرض على الأصحاء ، وفي الزواج بشخص حامل لمرض وراثي إدخال للمرض على النسل وإضرار به ، وهو ممنوع ومرفوع شرعاً بقوله (صلى الله عليه وسلم) (لا ضرر ولا ضرار) .^{٢٨٠٩}

ويجدر التنبيه : إلى أن وسيلة التحقق من خلو الزوج من المرض الوراثي إنما هي الفحص الجيني أو الوراثي قبل الزواج ، إذ أصبحت الاستشارة الوراثية أحد الفروع الجديدة في علوم الطب التي يتعرف بها على حاملي المرض للوقاية من انتقاله إلى الذرية .^{٢٨١٠}

ثانياً: إرشاد الشارع الحكيم إلى أهم الصفات الوراثية المعتبرة في الزوجة :

تقدم القول إن الشارع الحكيم قد أرشد المقبلين على الزواج بحكم كلي عام ، وهو حسن التخير من الطرفين ، وقد فرع الفقهاء على هذا الحكم العديد من الصفات المرعية شرعاً في الزوجة لكونها محل النسل ، ومن أهم تلك الصفات المتصلة بالمرض الوراثي ما يأتي :

١- أن تكون الزوجة حسيبة أو نسيبة ، أي طيبة الأصل .

ويستند اعتبار هذه الصفة إلى قوله (صلى الله عليه وسلم) (تخيروا لنطفكم)^{٢٨١١}

^{٢٨٠٨} رواة البخاري في ك الطب ، باب لا هامة ٢١٧٧/٥ ، ومسلم في ك السلام ، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة .../٤١٧٤٢.

^{٢٨٠٩} رواة البيهقي في السنن الكبرى ك إحياء الموات ، باب من قضى بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم ١٥٦/٦ تح / محمد عبد القادر عطا ط/ مكتبة دار الباز مكة المكرمة ١٤١٤ هـ ١٩٩٤ م ، وابن ماجه في ك التجارات ، باب من بنى في حقه بما يضر جاره ٧٨٤/٢ تح / محمد فؤاد عبد الباقي ط/ دار الفكر بيروت دت ، والدار قطني في ك البيوع ٧٧/٣ تح/ السيد عبد الله هاشم ط/ دار المعرفه بيروت ، والإمام أحمد في مسنده من حديث عبادة بن الصامت ٣٢٦/٥ ط/مؤسسة قرطية مصر دت .

^{٢٨١٠} ينظر : الوراثه مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل د/ محمد البار ٢٣٢ ، الاختبار الجيني د/عارف علي عارف ص ٧٨٥ ، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية د/محمد عثمان شبير ص ٣٣٦ ، الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه د/ محمد البار ص ٤٢٠ مرجع سابق

ويعلل الفقهاء ذلك برجاء نجابة ولدها ، فيقول البهوتي : "الحسبية لنجابة ولدها ، فإنه ربما أشبه أهلها ونزع إليهم أي أتى علي صفتهم " .^{٢٨١٢}

٢- أن تكون ولوداً ، أي من عائلة تعرف بناتها بالإنجاب وكثرة الأولاد .^{٢٨١٣}

ويستند اعتبار هذه الصفة إلى قوله (عليه وسلم) : (تزوجوا الودود الولود فإني مكائر بكم الأمم يوم القيامة) .^{٢٨١٤}

٣- أن تكون ذات عقل ، أي غير حمقاء .

ويستند اعتبار هذه الصفة إلى أصول الشريعة ومقاصدها العامة في الزواج ؛ لأنه يراد به دوام العشرة والألفة بين الزوجين ، ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها .

كما أنه يراد بالزواج تحصيل النسل الصالح ، وربما نزع العرق الولد إلى طبع أمه فورث عنها الحمق ، لذا اشتهر قولهم : اجتنبوا الحمقاء ، فإن ولدها ضياع وصحبته بلاء .^{٢٨١٥}

^{٢٨١١} تقدم تخريجه .

^{٢٨١٢} شرح منتهي الإرادات ٣ / ٧٨٩ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولي ١٤٢٦ هـ ٢٠٠٥ م . وينظر معه : إحياء علوم الدين ٤١/٢ ، روضة الطالبين للإمام النووي ٣٤٨/٥ ط/ المكتبة النوفيقية القاهرة ، كشف القناع للبهوتي ٢٣٥٩/٧ تح / إبراهيم احمد عبد الحميد ط/ مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة والرياض ط/ ثانيه ١٤١٨ هـ ١٩٩٧ م ، شرح سنن ابن ماجه ص ١٤١ ، فيض القدير ٣٣٧/٣ ، التيسير بشرح الجامع الصغير ٤٤٦/١ .

^{٢٨١٣} ينظر: إحياء علوم الدين ٤٠/٢ ، مغني المحتاج ٤/٢١٨ ، كشف القناع ٧/٢٣٥٩ ، شرح منتهي الإرادات ٣/٣٧٨ .

^{٢٨١٤} رواة أبو داود في ك النكاح ، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء ٢/٢٢٠ تح / محمد محي الدين عبد الحميد ط/ دار الفكر بيروت ، والبيهقي في السنن الكبرى ك النكاح ، باب في استحباب التزوج بالودود الولود ٧/٨١ ، وابن حبان في ذكر الزجر عن تزويج الرجل من النساء من لا تلد ٩/٣٦٣ تح/ شعيب الأرنؤوط ط/ مؤسسة الرسالة بيروت ط/ ثانية ١٤١٤ هـ ١٩٩٣ م ، والحاكم في ك النكاح ، وقال : " هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه السياقة " ١٧٦/٢ .

^{٢٨١٥} ينظر: مغني المحتاج ٤/٢١٨ ، كشف القناع ٧ / ٢٣٥٩ ، الروض المربع للبهوتي ص ٣١٩ تح / عماد عامر ط/ دار الحديث القاهرة ١٤٢٥ هـ- ٢٠٠٤ م ، التيسير بشرح الجامع الصغير ٤٤٦/١ ، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية د/ محمد عثمان شبير ص ٣٣٦ مرجع سابق .

ولا يخفى على قطنة القاريء أن مناط اعتبار هذه الصفة ليس خاصاً بالمرأة ، بل يعم الرجل أيضاً .

هذا بالإضافة إلى صفات أخرى نص الفقهاء على اعتبارها في الجملة ، لكونها مطيبة للعيش باعثة علي دوام العشرة ومحقة لمقاصد الزواج ، ومنها : الدين والجمال وخفة المهر والبركة لمن لاحاجة له في الثيب لتربية ولده .^{٢٨١٦}

ثالثاً: تغريب النكاح ، أي تحاشي الزواج بالقريبات تفادياً لضعف الأبناء .^{٢٨١٧}

وذلك لأن زواج الأقارب مظنة اجتماع المورثات المرضية ذات المنبع الواحد ، ومن ثم ظهور كثير من الأمراض الوراثية المتنحية في العائلة علي الولد الناتج من زواج الأقارب نظراً لتوارثها من جانبي الأب و الأم معاً .

وقد نص بعض الفقهاء علي ذلك ، فقال البهوتي : " يستحب أن تكون الزوجة أجنبية ؛ لأن ولدها يكون أنجب " ^{٢٨١٨}

هذا ونظراً لقوة صلة زواج الأقارب بالمرض الوراثي أفردت لتفصيل القول فيه من الناحيتين الطبية والفقهية المطلوب التالي .

^{٢٨١٦} ينظر: إحياء علوم الدين ٣٧/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج ٢١٨/٤ ، كشف القناع ٢٣٥٩/٧ ، الروض المربع ص ٣١٩ ، شرح منتهي الإرادات ٣٧٨/٣ .

^{٢٨١٧} ينتظر: مدي شرعيه التحكم في معطيات الوراثه د/عبد الستار أبو غدة ص ١٥٢ ، الاختبار الجيني د/عارف علي عارف ص ٧٨٦ ، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية ص ٣٣٧ ، مراجع سابقه ، زواج الأقارب ما له وما عليه بين الإباحه والتحریم رؤية وراثية د/ كمال محمد كامل نجيب ص ٨٩٧ بحث منشور بمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المجلد الثالث .

^{٢٨١٨} كشف القناع ٢٣٥٩/٧

المطلب الثالث

علاقة زواج الأقارب بالمرض الوراثي في الطب والفقہ الاسلامي

يعد زواج الأقارب من أكثر قضايا الزواج إثارة للجدل قديماً وحديثاً من وجهات نظر عديدة ،
طبية ، وشرعية ، واجتماعية .^{٢٨١٩}

ولعل السبب في ذلك : أمران :

الأول : انتشار زواج الأقارب في كثير من المجتمعات الشرقية وبخاصة العربية منها ، وذلك
استجابة للعادات والتقاليد ورضوخاً لمقتضيات بيئية واقتصادية.^{٢٨٢٠}

والثاني: ما كشفه علم الوراثة حديثاً عن وجود صلة قوية بين تزايد نسبة الأمراض الوراثية في
زواج الأقارب عن زواج الأبعد ، وهذا واقع ملموس لدى العوام في كثير من الأسر والعائلات
وبخاصة في الريف .^{٢٨٢١}

إيضاح التأثير الوراثي للزواج الأقارب علي ظهور الأمراض الوراثية :

لما كانت الحقيبة الوراثية للإنسان والتي تحمل جميع صفاته الوراثية الصحيحة والمعتلة
تتكون من (٤٦) كرموسوم نصفها من الأب والنصف الآخر من الأم كانت جميع صفاته الوراثية
مستمدة من الأب والأم معاً.

^{٢٨١٩} ينظر: زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته د/ سالم نجم ص ١٥٣/مرجع سابق .

^{٢٨٢٠} ينظر: زواج الأقارب ما له وما عليه رؤية وراثية د/ كمال محمد كامل نجيب ص ٨٩٧ مرجع سابق .

^{٢٨٢١} وتشير بعض الدراسات الطبية إلي أن نسبة الزواج الأقارب تتراوح في مصر ما بين ٣٤ % في الحضر خاصة
زواج أبناء الأخوال والخالات إلي أكثر من ٧٠ % في الصعيد خاصة زواج أبناء الأعمام . ينظر : زواج الأقارب ماله
وما عليه رؤية وراثية د/كمال محمد كامل نجيب ص ٨٩٩ .

وعليه : فإذا كان الشخص حاملاً لصفة وراثية معتلة سائدة فسيظهر عليه المرض وينتقل إلى نصف ذريته ولو لم تكن زوجته حاملة لذات الصفة ، فإن كانت حاملة لها انتقل المرض إلى جميع الذرية ، ولا يثير ذلك إشكالاً بالنسبة لزواج الأقارب ، لقطع علم الوراثة بظهور المرض على الشخص الحامل لصفته الوراثية وذريته بالنسبة المذكورة .^{٢٨٢٢}

لكن يظهر الإشكال فيما إذا كان الشخص حاملاً لصفة وراثية معتلة متنحية ، حيث لن يظهر المرض على ذلك الشخص ، كما لن يظهر على ذريته إلا إذا تزوج من امرأة حاملة لذات الصفة الوراثية المتنحية المعتلة .

فهنا تكمن الخطورة في احتمال إصابة ربع الذرية بالمرض وظهور أعراضه فعلاً بسبب ازدواج الصفة الوراثية المعتلة فيه باجتماعها من الأب والأم معاً ، فضلاً عن احتمال انتقال الصفة الوراثية للمرض إلى نصف الذرية .^{٢٨٢٣}

^{٢٨٢٢} ينظر : الوراثة مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل د/ محمد البار ص ٢٢٨ ، الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه د/ محمد البار ص ٤١٨ وما بعدها ، الكشف الطبي قبل الزواج د/ أحمد كنعان ص ٨٦٥ ، المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية د/ سالم نجم ص ٢٤٢ ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية د/ محمد البار ص ١٥٣٧ ، زواج الأقارب ما له وما عليه بين الإباحة والتحریم رؤية وراثية د/ كمال محمد كامل نجيب ص ٩٠٤ مراجع سابقه .

^{٢٨٢٣} ينظر: الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية د/محمد البار ص ١٥٣٧ ، ١٥٣٩ ، الجنين المشوه ص ٤٢٠ ، ٤٢١ ، الوراثة مفهومها والكشف الجيني قبل وأثناء الحمل ص ٢٢٨ ، المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية د/ سالم نجم ص ٢٤٢ ، الفحص الطبي ما قبل الزواج الأسس والمفاهيم د/معين الدين السيد ص ٣١١ ، الكشف الطبي قبل الزواج د/ أحمد كنعان ص ٨٦٥ مراجع سابقة.

وبناءً على ما تقدم :

يكون زواج الأقارب عاملاً في ارتفاع نسبة الإصابة بالأمراض الوراثية التي تنتشر في مجتمع معين أو بيئة بعينها ، مثل أمراض الدم الوراثية والأنيميا المنجلية^{٢٨٢٤}؛ إذ يرتفع احتمال ظهور المرض على الذرية إلى ما يقارب ٥ % في زواج الأقارب بينما يظل الاحتمال في زواج الأبعد من نفس المجتمع في حدود ٣:٢% من جملة المواليد سنوياً.^{٢٨٢٥}

وسبب ذلك قطعاً اجتماع الصفة الوراثية المعتلة في ذرية الزوجين من الأقارب من جهتي الأب والأم معاً لقدمها من أصل واحد.

فزواج الأقارب يعد بيئة خصبة مهيئة لظهور الأمراض الوراثية - حالة وجودها في الأسره - على النسل ، وتزداد البيئة خصوبة بتكرار الزواج داخل الأسره الواحدة وقرب درجة القرابة بين الزوجين كبنى العمومة .^{٢٨٢٦}

ومعنى ذلك :

أن زواج الأقارب لا يعد بذاته سبباً مباشراً في الإصابة بالمرض الوراثي، ولكنه عامل مؤثر في ظهوره على الذرية في الأسر والعائلات التي تحمل في سجلها الوراثي الصفات المعتلة المتحبة.^{٢٨٢٧}

^{٢٨٢٤} ينظر: امراض الدم الوراثية د/ محسن الحازمي ص ٢٨٧، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية د/ محمد البار ص ١٥٤٠، ١٥٤١، مرجعان سابقان.

^{٢٨٢٥} ينظر: الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية د/ محمد البار ص ١٥٥٦، زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته د/ سالم نجم ص ١٦٧.

^{٢٨٢٦} ينظر: زواج الأقارب ما له وما عليه بين الإباحه والتحریم رؤية وراثية د/ كمال محمد كامل نجيب ص ٨٩٧، ٩٠٣، ٩٠٦، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية د/ محمد البار ص ١٥٥٦، ١٥٥٧.

فهو أشبه بوادٍ تنحدر فيه المياه من أرض مرتفعة ، فإن كانت المياه المنحدرة غير نقية بأصلها أو كان طريق انحدارها ملوثاً وصلت إلى الوادي ملوثة وترسبت فيه الأدران ، أما إن كانت المياه نقية بأصلها وطريقها إلى الوادي نظيفاً تجمعت في الوادي نقية صافية .

أي أنه إذا كان السجل الوراثي للأسرة نقياً خالياً من الصفات الوراثية المعتلة لم يصادف زواج الأقارب سبباً للمرض ليظهر على النسل ، بل على العكس من ذلك تتعزز وتقوى الصفات الوراثية الصحيحة الجيدة باجتماعها من الزوجين ليظهر أثرها الطيب في نسل قوي متميز . ٢٨٢٨

والخلاصة :

أن النسل الناتج عن زواج الأقارب انعكاس للصفات الوراثية في الأسرة من حيث الصحة والمرض ، فإن كانت صفات الأسرة صحيحة متميزة كان النسل صحيحاً معافى ، بل أكثر تميزاً من والديه لاجتماع الصفات الصحيحة فيه من جانبي الأب والأم معاً ، وإن كانت صفات الأسرة معتلة حاملة للأمراض كان النسل سقيماً كوالديه ، بل أسقم منهما لاجتماع المورثات المعتلة فيه أيضاً من والديه معاً . ٢٨٢٩

٢٨٢٧ ولعل ذلك سبب انخفاض عدد الأمم المنغلقة على نفسها في الزواج كاليهود ، إذ يبلغ عدد هم في العالم حوالي ٢٠ مليون نسمة ، وهو عدد لا يتناسب مع عمر أمة اليهود الطويل مقارنة بغيرها من الأمم ، وذلك راجع إلى انتشار العديد من الأمراض الوراثية بينهم . ينظر: زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته د/ سالم نجم ص ١٥٣ ، ١٥٩ ، زواج الأقارب ما له وما عليه د/ كمال محمد كامل نجيب ص ٩٠٤ الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية د/ محمد البار ص ١٥٥٥ مراجع سابقة ، زواج الأقارب بين الفقه والطب د/ احمد عبد العزيز الحداد ص ١٨٧ وما بعدها بحث منشور في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المجلد الثالث .

٢٨٢٨ ينظر : زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته د/ سالم نجم ص ١٥٣ ، ١٥٩ .

٢٨٢٩ ينظر : زواج الاقارب إيجابياته وسلبياته د/ سالم نجم ص ١٥٣ ، ١٥٨ ، ١٦٤ .

وقد لخص بعض علماء الطب هذه الفكرة في قاعدة وراثية قائلاً : إن زواج الأقارب حسنه أحسن وسقيمه أسقم. ٢٨٣٠

وقد أيد القاعدة بدراسة طبية ميدانية شارك في إعدادها وأجريت في مكة المكرمة كانت نتيجتها أن زواج الأقارب قد أنتج نسلًا حسنًا يتمتع ببنية قوية وعقل سليم حيث خلت العائلة محل الدراسة من الأمراض الوراثية ؛ إذ تعزز في نسلها الصفات الوراثية الصحيحة فظهر أكثر قوة وتميزاً . ٢٨٣١

موقف الفقه الاسلامي من زواج الاقارب :

معلوم أن الأصل في الزواج بأي أنثى عدا المحرمات المنصوص على تحريمهن الإباحة ، ومن ثم يباح نكاح بنات العم والعمة وبنات الخال والخالة وإن نزلن ما لم يتعلق بإحداهن سبب محرم كرضاع او مصاهرة.

و دليل ذلك : عموم قوله تعالى بعد النص على المحرمات : (وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ)

٢٨٣٢

وقوله تعالى (وَبَنَاتِ عَمَّاتِكُمْ وَبَنَاتِ خَالَاتِكُمُ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكُمْ) ٢٨٣٣

٢٨٣٠ ينظر : المرجع السابق صفحہ ١٦٤ .

٢٨٣١ ينظر: المرجع السابق ص ١٥٣، ١٥٨ .

٢٨٣٢ سورة النساء (٢٤)

٢٨٣٣ سورة الاحزاب (٥٠)

حيث أبيح نكاح بنات العمومة والخوولة للنبي صلى الله عليه وسلم ، ولا دليل على خصوصيته ﷺ بهذا الحكم ، فكان ذلك دليلاً على إباحة نكاحهن في حق جميع الأمة ، ضرورة أن ما يشرع في حقه (صلى الله عليه وسلم) يشرع في حق أمته عند انتفاء الدليل على خصوصيته به (صلى الله عليه وسلم) . ٢٨٣٤

لكن صرح فقهاء الشافعية والحنابلة باستحباب ألا تكون الزوجة قريبة.

قال إمام الحرمين الجويني : " ويستحب أن لا ينكح القرابة القريبة ، فإن الولد يخلق ضاويماً يعني محمقاً هزيلاً. " ٢٨٣٥

ويفسر الشافعية القرابة القريبة بأول درجات العمومة والخوولة، أي بنت العم أو العمة أو بنت الخال أو الخالة لا من بعدهن ، فهن ذات قرابة بعيدة. ٢٨٣٦

بينما أطلق الحنابلة استحباب الأجنبية ، فقال ابن قدامة : " ويختار الأجنبية فولدها أنجب " . ٢٨٣٧

واستدلوا على ذلك : بالسنة والأثر .

أما السنة : فما روي عنه (ﷺ) : (لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويماً) ٢٨٣٨

٢٨٣٤ ينظر المغني لابن قدامة ٣٤١/٩

٢٨٣٥ نهاية المطلب في دراية المذهب ١٢ / ٢٨ تح / د / عبد العظيم الديب ط / دار المنهاج ط / أولى ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م . وينظر معه : روضة الطالبين ٣٤٨/٥ ، مغني المحتاج ٢١٨/٤

٢٨٣٦ و ذلك كقرابة فاطمة الزهراء رضي الله عنها للإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ، فهي بنت ابن عم وهي أولى من الأجنبية لانتهاء القرابة القريبة لكن مع توافر الحنو بسبب الرحم. ينظر مغني المحتاج ٢١٨/٤ ، نهاية المحتاج للرملي ١٨٤/٦ ط / دار الفكر بيروت ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م

٢٨٣٧ المغني لابن قدامة ٣٢٥ / ٩ . وينظر في معناه : كشف القناع ٢٣٥٩ / ٧ ، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٣٧٨

٢٨٣٨ قال ابن حجر العسقلاني : " هذا الحديث تبع في إيراده إمام الحرمين هو والقاضي حسين وقال ابن الصلاح لم أجد له أصلاً معتمداً " تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير ٣ / ١٤٦ . تح / السيد عبد الله هاشم اليماني ط / المدينة المنورة ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م ، وينظر في معناه : البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير لابن الملقن ٧ / ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، تح / مصطفى أبو الغيط و عبد الله سليمان و ياسر كمال ط / دار الهجرة بالرياض . ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م .

وأجيب عنه : بأنه ليس له أصل معتمد في كتب السنة ، فلا بينى عليه حكم شرعي .^{٢٨٣٩}

وأما الاثر: فما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لآل السائب : (قد أضويتم فانكحوا في النوابع) .^{٢٨٤٠} ، أي تزوجوا الغرائب .

فقد أسدى سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه النصيحة لقبيلة آل السائب خصوصاً والأمة عموماً باستحباب زواج الغرائب عندما لاحظ ضعف النسل وسقمه ، وهو ما لاحظته أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه في نسلهم .^{٢٨٤١}

وبناءً على ذلك : يكون الحكم باستحباب زواج الغرائب منوطاً بملاحظة ضعف النسل أو ظهور مرض وراثي فيه ، فيستحب حينئذ الاغتراب طلباً لنجاسة النسل وصيانة له من الاعتلال والضعف .^{٢٨٤٢}

وبهذا يتلاقى الفقه الإسلامي مع ما توصل إليه علم الوراثة حديثاً من أن زواج الأقارب غير مؤثر بذاته في إصابة النسل بالمرض الوراثي ، وإنما هو مظهر وكاشف للمرض في ذرية الأسره التي يحمل أفرادها مورثات معتلة .

^{٢٨٣٩} ينظر: مغني المحتاج ٤ / ٢١٨

^{٢٨٤٠} ينظر : البدر المنير ٧ / ٤٩٩ ، ٥٠٠ تلخيص الحبير ٣٤٦ ، المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار للحافظ العراقي تح/ اشرف عبد المقصود ط / مكتبة طبرية الرياض ط/ أولي ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م .

^{٢٨٤١} ينظر : زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته د/ سالم نجم ص ١٥٩ ، ١٦٨ .

^{٢٨٤٢} و يضاف إلى ذلك تحصيل بعض المصالح المعتمدة شرعاً من زواج الغرائب من مد جسور الصلة بين القبائل والعائلات لأجل التعارف والتعاون المطلوب شرعاً بقوله تعالى : (وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا) الحجرات (١٣) - وكذا تنزيه عقد الزواج عن أن يكون سبباً لقطع الرحم عند تنازع الزوجين من الأقارب وحصول الفرقة بينهما - ينظر: مغني المحتاج ٤ / ٢١٨ ، المغني لابن قدامة ٩ / ٣٢٥ كشف القناع ٧ / ٢٣٥٩ ، شرح منتهى الإيرادات ٣ / ٣٧٨ .

ومن ثم يزول الحكم باستحباب زواج الغرائب بزوال مناطه وعلته فيما إذا كان نسل الأسرة قوياً خالياً من الموروثات المعتلة ، بل يكون زواج القرية حينئذ أولى طلباً لنجاة النسل وتميزه باجتماع المورثات الجيدة الحميدة فيه من جانبي الأب والأم معاً ، فضلاً عن تحصيل مصلحة توثيق الصلات بين أفراد الأسرة الواحدة وزيادة التعاون والتكافل بينهم في زواج أبنائهم ، وزيادة المودة والرحمة بين الزوجين يتوافر دواعيهما من القرابة والزواج معاً.^{٢٨٤٣}

والخلاصة :

أن مصلحة نجابة النسل وقوته إنما هي مناط تخير الزوجة قريبة كانت أو بعيدة بناءً على ما يلاحظ في نسل العائلة من قوة ونجابة أو ضعف وحمق بحسب صفاتها الوراثية .
والكاشف عن ذلك إنما هو الفحص الجيني أو الوراثي لراغبي الزواج . لذا سيتناول البحث بيان مشروعية إجرائه والإلزام به قبل الزواج في المبحث التالي .

^{٢٨٤٣} لذا قيل : الغرائب أنجب و بنات العم أصبر . ينظر: المغني لابن قدامة ٩ / ٣٢٥ .

المبحث الثالث

مدى مشروعية الفحص الجيني والإلزام به قبل الزواج في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

يعد الفحص الجيني أو الوراثي بمثابة قراءة طبية لأهم الجينات لدى الخاطبين التي يمكن أن تحمل بعض الامراض الوراثية المنتشرة في مجتمع بعينه.

فهو نوع من الفحص الطبي ٢٨٤٤ لراغبي الزواج يهدف إلى التعرف على الشخص الحامل منهم لصفة وراثية معتلة سائدة أو متنحية بقصد درء المرض الوراثي المتوقع عن النسل أو مواجهة المرض الوراثي المتوقع الإصابه به باتخاذ التدابير الطبية اللازمة لذلك .

هذا ولما كان الفحص الطبي بعمومه مقدمة ضرورية للتداوي، بل شرطاً لازماً لصحة العلاج يلزم من عدمه عدم تحقق مقاصد العلاج كانت مشروعية الفحص الجيني - كأحد الفحوص الطبية مستندة في أصلها إلى مشروعية التداوي بشكل عام.^{٢٨٤٥}

لذا لزم بيان مشروعية التداوي ثم بيان مدى مشروعية الفحص الجيني ومدى جواز الإلزام به قبل الزواج ، وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول: مشروعية التداوي في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني: مدى مشروعية إجراء الفحص الجيني قبل الزواج في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث: مدى مشروعية الإلزام بإجراء الفحص الجيني قبل الزواج في الفقه الإسلامي .

^{٢٨٤٤} يقصد بالفحص الطبي قبل الزواج : مجموعة الفحوصات التي تجرى للمقبلين على الزواج قبل العقد ، للتحقق من خلوهما من الأمراض التي تؤثر على الزوجين أو على ذريتهما مستقبلاً . ينظر : الفقه الطبي إعداد الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية والفقهية ص ١٢٣ ط/ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م.

^{٢٨٤٥} ينظر قرب هذا المعنى : الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي د/ محمد خالد منصور ص ٢٣- ٢٦ ط / دار النفائس الأردن ط / ثانية ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.

المطلب الأول

مشروعية التداوي في الفقه الإسلامي

لا شك أن حفظ النفس أحد كليات الشريعة ، بل أهم مقاصدها الخمس ؛ لأن في ضياعها ضياع

الدين بل ضياع سائر المقاصد . ٢٨٤٦

لذا كان تعلم الطب والاشتغال به أحد الواجبات الكفائية في حق مجموع الأمة.

قال حجة الإسلام الغزالي في تعليل ذلك : " . إذ هو ضروري في حاجة بقاء الأبدان . " ٢٨٤٧

فهو وسيلة تحصيل مصالح سلامة الأبدان وعافيتها، ودرء مفاصد الأمراض عنها أو تقليلها.

قال الإمام العز بن عبد السلام : "والذي وضع الشرع هو الذي وضع الطب ، فإن كل واحد منهما

موضوع لجلب مصالح العباد ودرء مفاصدهم . " ٢٨٤٨

وبناءً على ذلك :

^{٢٨٤٦} قال الإمام الشاطبي : "ولو عدم المكلف لعدم من يتدين " الموافقات ٢ / ٢٧١ . وينظر معه : مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ص ٧٨ ط/ دار السلام القاهرة ط/ ثانيه ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م ، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية د/محمد سعد اليوبي ص ٢١١ ط/دار الهجرة بالرياض ط/ أولي ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.

^{٢٨٤٧} إحياء علوم الدين ١ / ١٦ . وينظر معه : روضة الطالبين ٧ / ٤٢٦ ، المنثور في القواعد للإمام الزركشي ٢ / ١٦٤

تح / محمد حسن إسماعيل ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولي ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م

^{٢٨٤٨} قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١ / ٦ ط/ مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ١٩٦٨ م.

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة علي أن الأصل في التداوي الإذن والمشروعية في الجملة. ٢٨٤٩.

قال المرغيناني : " ولا بأس بالحقنة يريد بها التداوي ؛ لأن التداوي مباح بالإجماع . " ٢٨٥٠

وقال القيرواني : " ولا بأس بالاسترقاء من العين وغيرها والتعود والتعالج و شرب الدواء . " ٢٨٥١

وقال الخطيب الشربيني : " ويسن للمريض التداوي " . ٢٨٥٢

وقال ابن القيم : " وكان من هديه (ﷺ) فعل التداوي في نفسه والأمر به لمن أصابه مرض من أهله وأصحابه . " ٢٨٥٣

واستند جمهور الفقهاء في مشروعية التداوي إلى أدلة كثيرة ، من أظهرها : الأحاديث النبوية الشريفة الآتية :

١- قوله ﷺ : (تداووا عباد الله فإن الله لم يضع داءً إلا وضع له دواءً إلا الهرم) . ٢٨٥٤

٢٨٤٩ ينظر حاشية ابن عابدين ٦ ٣٨٨ طبعه دار الفكر بيروت ط/ ثانيه ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م ، الفواكه الدواني للنفراوي ٣٣٩/٢ طبعه دار الفكر بيروت ١٤١٥ هـ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٦٦ تح/ عبد الله المنشاوي ط/ دار الحديث القاهرة ١٤٢٦ هـ ٢٠٠٥ م ، المهذب للشيرازي ١ / ١٧٤ ط/ مصطفى الباني الحلبي ط/ ثانيه ١٣٩٦ هجريه ١٩٧٦ م ، المجموع للإمام النووي ٥ / ١٠٦ ط/ الفكر بيروت دت، الروض المربع ص ١٢٠ .

٢٨٥٠ الهدايه مع تكملة شرح فتح القدير ١٠/٦٦ ط/ دار الفكر بيروت دت .

٢٨٥١ الرسالة بشرح الثمر الداني للأبي ص ٧١٠ ط/ دار المعرفة بيروت

٢٨٥٢ مغني المحتاج ٢ / ٤٨

٢٨٥٣ زاد المعاد في هدي خير العباد ٤ / ١٠ تح/ شعيب الارنؤوط ط/ مكتبة المنار الإسلامية الكويت ط/ الرابعة عشرة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م

٢- قوله صلى الله عليه وسلم (لكل داءٍ دواء فإذا أصيب دواء الداء بريء بإذن الله) ٢٨٥٥

٣- ما روي عن أبي خزيمة رضي الله عنه قال : قلت يا رسول الله أرأيت رقى نسترقئها ودواء ننداوي به وتقاة ننتقيها هل ترد من قدر الله شيئاً؟ قال ﷺ : (هي من قدر الله) . ٢٨٥٦

فهذه الأحاديث النبوية الشريفة صريحة في مشروعية التداوي والإذن به لما تتضمنه من إثبات الأسباب والمسببات وأن الجميع من قدر الله. ٢٨٥٧

لكن على الرغم من ذلك اختلف الفقهاء في حكم التداوي ، ويمكن حصر أقوالهم في ثلاثة أقوال:

القول الأول : إباحه التداوي . وإليه ذهب الحنفية والمالكية . ٢٨٥٨

واستندوا في ذلك : إلى أن الأمر بالتداوي الوارد في الأحاديث الشريفة السابقة محمول على الإذن والإباحة بقرينة ترك بعض الصحابة للتداوي دون أن يعابوا على تركه . ٢٨٥٩

^{٢٨٥٤} رواه أبو داود في ك الطب ، باب ما جاء في الرجل يتداوى ٣/٤ ، والترمذي في ك الطب ، باب ما جاء في الدواء والحث عليه ، وقال : "حديث حسن صحيح" ٤/٣٨٣ تح/ احمد شاكر وآخرون ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت دت .
^{٢٨٥٥} رواه مسلم في ك الطب ، باب لكل داء دواء واستجاب التداوي ٤/ ١٧٢٩

^{٢٨٥٦} رواه الترمذي في ك الطب ، باب ما جاء في الرقية والأدوية . وقال : " هذا حديث صحيح " ٤/ ٣٩٩ ، والإمام أحمد في مسنده من حديث أبي أمامة رضي الله عنه ٣/ ٤٣١
^{٢٨٥٧} ينظر : شرح النووي على صحيح مسلم ١٤/ ١٩١ ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت ط/ ثانيه ١٣٩٢ هـ ، زاد المعاد ٤/ ١٣ ، ١٤ نيل الاوطار ٩٠/٩

^{٢٨٥٨} ينظر : الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ١٠/ ٦٦ ، ٦٧ ، شرح معاني الآثار للإمام الطحاوي ٤/ ٣٢٣ نج/ محمد زهير النجار ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى ١٣٩٩هـ، الفواكه الدواني ٢/ ٣٣٩ ، شرح كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن المالكي ٢/ ١٩٠ مطبوع مع حاشية العدوي دار الفكر بيروت ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م

قال ابن عبد البر : "إنه كان من خيار هذه الأمة وسلفها وعلماؤها قوم يصيرون على الأمراض التي يكشفها الله ، ومعهم الأطباء فلم يعابوا بترك المعالجة .

ولو كانت المعالجة سنة من السنن الواجبة لكان الذم قد لحق من ترك الاسترقاء والتداوي . وهذا لا نعلم احداً قاله ، وكان أهل البادية والمواضع النائية من الأطباء قد حل عليهم النقص في دينهم لتركهم ذلك ، وإنما التداوي إباحة على ما قدمنا لميل النفوس إليه وسكونها نحوه. " .^{٢٨٦٠}

القول الثاني : استحباب التداوي . وإليه ذهب أكثر الشافعية وبعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى ، وأبي الوفاء ، وابن الجوزي، ونسبه الإمام النووي إلى جمهور السلف وعامة الخلف .^{٢٨٦١}

واستندوا في ذلك : إلى أن الأمر بالتداوي في الأحاديث السابقة محمول على الندب والاستحباب.^{٢٨٦٢}

القول الثالث : إباحة التداوي لكن تركه أفضل . وإليه ذهب جمهور الحنابلة . وهو قول لبعض الشافعية .^{٢٨٦٣}

^{٢٨٥٩} ينظر: المراجع السابقة بنفس الموضع ، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار لابن عبد البر ٨ / ٤١٤ / تح / سالم محمد عطا ، محمد علي معوض ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / اولى ٢٠٠٠ م
^{٢٨٦٠} التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ٥ / ٢٧٨ ، ٢٧٩ / تح / مصطفى أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري ط / وزاره الاوقاف المغربية ١٣٨٧ هـ .

^{٢٨٦١} وصرح بعض الشافعية بأن الاستحباب مقيد بعدم القطع بإفائدة الدواء ، فإن قطع بإفادته كان واجبا . ينظر: المهذب ١ / ١٧٤ ، روضه الطالبين ١ / ١٥٩ ، المجموع ١٠٦ / ٥ ، شرح النووي على صحيح مسلم ١٤ / ١٩١ ، مغني المحتاج ٥ / ٤٩ ، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٢ / ١٣٤ ط / دار الفكر بيروت ١٢٠٤ هـ ، حاشية البيجرمي على شرح منهج الطلاب ١ / ٤٤٨ ط / الحلبي القاهرة ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م ، كشف القناع ٢ / ٦٩٣ .
^{٢٨٦٢} ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٤ / ١٩١ ، المجموع ١٠٦ / ٥ ، مغني المحتاج ٥ / ٤٩

واستندوا في ذلك إلى ما يأتي :

١- قوله ﷺ: (يدخل الجنة من أمشي سبعون ألفاً بغير حساب هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون) .^{٢٨٦٤}

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ قد امتدح ترك الرقي توكلاً ؛ إذ عده من أسباب دخول الجنة بغير حساب ، فدل ذلك على أن ترك التداوي أفضل من فعله .^{٢٨٦٥}

و أجيب عنه :

بأن هذا الحديث لا يعارض الأحاديث الأمرة بالتداوي ؛ لأن الرقي الممدوح تركها فيه إنما هي المجهولة التي لا يعرف معناها أو المشتملة علي ما يؤدي إلى الكفر . أما الرقي بالقرآن والأذكار المعروفة فغير منهي عنها بل هي من السنة .^{٢٨٦٦}

^{٢٨٦٣} قال البهوتي : " ويباح التداوي بمباح وتركه أفضل . " الروض المربع ص ١٢٠ ، وينظر معه : حاشية البيجرمي على شرح منهج الطلاب ١/ ٤٤٨ ، كشاف القناع ٢/ ٦٩٣ ، شرح منتهى الإرادات ١/ ٤٢١ ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ٢/ ٤٦٣ تح/ محمد حامد الفقي ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت ، الفروع لابن مفلح ٢/ ١٣١ تح/ أبو الزهراء حازم القاضي ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى دت ، الآداب الشرعية لابن مفلح

٢/ ٣٣٣ تح / شعيب الأرنؤوط ، عمر الخيام ط/ مؤسسة الرسالة بيروت ط/ ثانيه ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م .

^{٢٨٦٤} رواه البخاري في ك الرقاق ، باب (ومن يتوكل على الله فهو حسبه) ٥ / ٢٣٧٥ ، ومسلم في ك الايمان ، باب الدليل على دخول طوائف من المسلمين الجنة بغير حساب ولا عذاب ١/ ١٩٨ .

^{٢٨٦٥} ينظر نيل الأوطار للشوكاني ٩ / ٩١ .

^{٢٨٦٦} المرجع السابق بذات الموضوع .

١- أن ترك التداوي أقرب إلى التوكل على الله ﷻ؛ إذ المرض والشفاء من قدره تعالى ، فكان في ترك التداوي دلالة على قوة التوكل وكمال التسليم بقدره تعالى .^{٢٨٦٧}

واجب عنه :

بأنه لو كان ترك التداوي كمالاً لتركه النبي (ﷺ)؛ إذ لا يكون حال غيره في التوكل أكمل من حاله (ﷺ) ، لكنه باشر التداوي وأمر به فدل ذلك على أنه لا ينافي التوكل ولا ينقصه قياساً على دفع الجوع والعطش بالطعام والشراب .^{٢٨٦٨}

و يضاف إلى ذلك : أن حقيقة التوحيد وكمال الإيمان به تعالى لا يحصلان إلا بمباشرة الأسباب المنصوبة لموجباتها المقدره شرعاً ، لذا كان تعطيل الأسباب قادحاً في التوكل منقاصاً له .^{٢٨٦٩}

٢- أنه قد ورد ترك التداوي عن بعض الصحابة والتابعين ومنهم أبي بكر الصديق ، وأبي بن كعب ، وأبي ذر - رضي الله عنهم - ولم يعابوا على تركه ، فدل ذلك على أفضلية ترك التداوي .^{٢٨٧٠}

^{٢٨٦٧} ينظر: كشاف القناع ١٩٣/٢ شرح منتهى الإرادات ٤٢١/١ ، الإنصاف ١٦٣/٢ ، الفروع لابن مفلح ١٣١/٢ .

^{٢٨٦٨} ينظر: إحياء علوم الدين ٤ / ٢٨٦ ، زاد المعاد ١٥/٤

^{٢٨٦٩} قال ابن القيم : " فإن تركها - أي الأسباب - عجز ينافي التوكل الذي حقيقته اعتماد القلب على الله في حصول ما ينفع العبد في دينه ودنياه اهداف ودفع ما يضره في دينه ودنياه ، ولا بد مع هذا الاعتماد من مباشرة الأسباب وإلا كان معطلا للحكمة و الشرع ، فلا يجعل العبد عجزه توكلًا ولا توكله عجزًا . " زاد المعاد ٤ / ١٥

^{٢٨٧٠} روي ابن أبي شيبة في مصنفه : ك الزهد، باب كلام أبي بكر الصديق رضي الله عنه " أنه قيل له في مرض موته : لو دعونا لك طبيباً؟ فقال : الطبيب قد نظر إلى وقال: إني فعال لما أريد. " ٩٣ / ٧ تح/ كمال يوسف الحوت ط/ مكتبة الرشد الرياض ط/ أولى ١٤٠٩ هـ ، وينظر معه : مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٤ / ٢٩٦ ط/ الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء بالسعودية ، نيل الأوطار ٩٣ / ٩

ويؤيد ذلك : إقرار النبي ﷺ للمرأة المريضة بالصرع على ترك التداوي ابتغاءً

لثواب الصبر على البلاء. ٢٨٧١

وأجيب عن ذلك :

بان القول بترك التداوي لا يصح حمله على الإطلاق في جميع الأحوال والأشخاص ؛ لأنه معارض بأمر النبي ﷺ بالتداوي ، ومصادم لمقصد الشارع في حفظ النفس ، فتعين أن يكون مقيداً بأحوال خاصة لبعض الأشخاص لدواعٍ وصوراف خاصة تصرفه عن التداوي ٢٨٧٢ ، وعليها يحمل القول بأفضلية ترك التداوي في الوقائع المنقولة عن بعض الصحابة والتابعين رضي الله عنهم . ٢٨٧٣

٢٨٧١ روى البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني أصرع وإني أتكشف فادع الله لي، فقال صلى الله عليه وسلم (إن شئت صبرت ولك الجنة وإن شئت دعوت الله أن يعافيك) فقالت: أصبر لكنني أتكشف فادع الله لي ألا أتكشف فدعا لها.. ك المرضي، باب فضل من يصرع من الريح ٥ / ٢١٤٠ ، و مسلم في ك البر والصلة والآداب ، باب ثواب المؤمن في ما يصيبه من مرض ١٩٩٤/٤ .

٢٨٧٢ ينظر: احياء علوم الدين ٤ / ٢٩٢

٢٨٧٣ وقد حصر حجه الإسلام الغزالي الصوارف عن التداوي في ستة أمور ، وهي :

- ١- أن يكون المرض مرض موت وقد علم المريض بكشف أو حدس أو نحوهما دنو أجله وعدم جدوى التداوي ، وهكذا كان شأن الصديق رضي الله عنه .
 - ٢- انشغال قلب المريض بحاله مع الله واستيلاء خشية العقاب على باله بما ينسيه المرض وآلامه ويذهله عن التداوي ، وهكذا كان شأن أبي ذر رضي الله عنه .
 - ٣- كون المرض مزمنًا والدواء موهوم النفع ، وهذا مستند أكثر من ترك التداوي من العباد والزهاد .
 - ٤- القصد بترك التداوي لنيل ثواب الصبر على البلاء عند القدرة عليه ، وهكذا كان شأن المرأة التي خيرها النبي صلى الله عليه وسلم بين الدعاء لها بالشفاء وبين الصبر لنيل الثواب .
 - ٥- القصد بترك التداوي تكفير الذنوب للمسرف على نفسه في ارتكابها .
 - ٦- استشعار المريض القرب من الله عز وجل وأنس به سبحانه وصدق الالتجاء إليه تعالى في حال المرض ، وقد وجد في نفسه البطر والطغيان بطول العافية والسلامة ، فبترك التداوي خشية غلبة الشهوات والاعتزاز بالعافية ابتغاءً للقرب منه تعالى .
- ينظر احياء علوم الدين ٤ / ٢٨٧ - ٢٨٩ .

وبناءً على ذلك : لا يصح إطلاق القول بافضلية ترك التداوي كحكم شرعي عام يشمل جميع المكلفين في جميع الاحوال. ^{٢٨٧٤}

القول الراجح :

يظهر من دراسة المسألة ميل البحث إلى التوقف عن ترجيح قول بعينه ؛ وذلك لأن أقوال الفقهاء المتقدمين في حكم التداوي إنما هي مبنية على معطيات عصرهم في وسائل التداوي ، ولا شك أنها كانت بسيطة متواضعة قصرت عن إفادتهم بمدى نفعه على وجه اليقين أو الظن الغالب.

ودليل ذلك : أن كثيراً من الفقهاء قد صرح بأن التداوي ليس بواجب ، قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " وأما التداوي فليس بواجب عند جماهير الأمة ، وإنما أوجبه طائفة قليلة ، كما قاله بعض أصحاب الشافعي وأحمد ^{٢٨٧٥} . " ^{٢٨٧٦}

بل نقل بعضهم الإجماع على عدم وجوبه ، قال الخطيب الشربيني: " ونقل القاضي عياض الإجماع على عدم وجوبه . " ^{٢٨٧٧}

ثم عللوا عدم الوجوب بعدم القطع بفائدته في حصول الشفاء من المرض . ^{٢٨٧٨}

قال الخطيب الشربيني : "فان قيل هلا وجب كأكل الميتة للمضطر وإساعة اللقمة بالخمير ، أوجب بأننا لا نقطع بإفادته بخلافهما. " ^{٢٨٧٩}

^{٢٨٧٤} ينظر احياء علوم الدين ٤ / ٢٩٢ .

^{٢٨٧٥} قال البيجرمي : " و أفهم قوله لعدم القطع بفائدته أنه لو قطع بإفادته كعصب محل الفصد وجب . " حاشية البيجرمي على منهج الطلاب ١ / ٤٤٨ . وقال المرادوي : "وقيل يجب . زاد بعضهم إن ظن نفعه. " الإنصاف ٢ / ٤٦٣ ، وينظر في معناه : الفروع لابن مفلح ٢ / ١٣١ .

^{٢٨٧٦} مجموع الفتاوى ٢٤ / ٢٦٩ .

^{٢٨٧٧} مغني المحتاج ٢ / ٤٩ .

^{٢٨٧٨} قال شيخنا زاده : " من امتنع من التداوي حتى مات فإنه لا يأثم؛ لأنه لا ييقن أن هذا الدواء يشفيه ولعله يصح من غير علاج . " مجمع الانهر ٤ / ٤٨٠ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ وينظر في معناه : حاشية ابن عابدين ٦ / ٣٨٩ .

^{٢٨٧٩} مغني المحتاج ٢ / ٤٩ ، وينظر في معناه : حاشية البيجرمي على منهج الطلاب ١ / ٤٤٨ ، حاشية الجمل ٢ / ١٣٤

بل صرح ابن عبد البر بما هو أبعد من ذلك، فقال: " ولا أن العلم بذلك أي التداوي علم موثوق به لا يخالف ، بل هو خطر وتجربة موقوفة على القدر ".^{٢٨٨٠} وبناءً على ذلك: نزل فقهاء الشريعة الأجلء الحكم الشرعي للتداوي على مقتضيات عصرهم في علم الطب وتجاربه التي لا تقتضي القطع بفائدة التداوي ولا غلبة الظن بها في الغالب.

ولكن أما وقد تقدمت علوم الطب وتطورت وسائله وأصبحت تجاربه ناجحة في حصول الشفاء بإذن الله تعالى على وجه القطع واليقين أو على الظن الغالب في كثير من الأمراض فلا بد وأن يختلف الحكم الشرعي للتداوي ضرورة اختلاف تصور طرقه ووسائله ومقدار نفعها عن الماضي.

هذا ولما كانت الأمراض التي تصيب بدن الإنسان متفاوتة في شدة تأثيرها على حياته وسلامة بدنه وكذا وسائل التداوي متفاوتة في نسبة حصول الشفاء بها وفي ما تخلفه من آثار جانبية ومضاعفات كان الحكم الشرعي للتداوي مختلفاً من حالة إلى أخرى بحسب الاعتبارات الطبية المعاصرة.

ولهذا يرى البحث مع بعض العلماء المعاصرين -وبحق- أن الأصل في حكم التداوي أنه مشروع بحسب ذاته ، للنصوص الشرعية الواردة في ذلك ، لكن تعثره - بحسب الاعتبارات الطبية المعاصرة - الأحكام الخمسة^{٢٨٨١}:

فيكون واجباً إذا كان تركه مؤدياً إلى هلاك النفس أو تلف أحد أعضاء البدن أو الزمانة والإعاقة الدائمة، أو كان المرض معدياً لمخالطي المريض.

و يكون مندوباً إذا كان تركه مؤدياً إلى إضعاف البدن فقط دون أن يترتب عليه شيء مما سبق في الحالة الأولى .

ويكون مباحاً إذا لم يندرج في الحالتين السابقتين .

و يكون حراماً إذا كان بمحرم من غير ضرورة أو كان مؤدياً إلى الحرام كاختلاط الانساب.

ويكون مكروهاً إذا ترتب عليه مضاعفات أو أمراض أشد من المرض المقصود علاجه.

^{٢٨٨٠} التمهيدة ٥ / ١٧٩ .

^{٢٨٨١} ينظر : أحكام التداوي والحالات الميؤوس منها و قضية موت الرحمة د/ محمد البار ص ١٣، ١٨ ط / دار المنارة جدة السعودية ط/ ولي ١٤١٦ هجريه ١٩٩٥ م .

وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بجدة في المملكة العربية السعودية في مايو ١٩٩٢ م . ٢٨٨٢

المطلب الثاني

مدي مشروعية إجراء الفحص الجيني قبل الزواج في الفقه الإسلامي

الفرع الأول

مفهوم الفحص الجيني قبل الزواج وإيجابياته وسلبياته

أولاً : مفهوم الفحص الجيني قبل الزواج :

لقد أدى التقدم العلمي في مجال الجينوم البشري إلى المعرفة الواسعة للعديد من الأمراض الوراثية ، ما أتاح الفرصة لظهور فرع جديد من فروع الطب وهو الاستشارة الوراثية .

ويقصد به : إعطاء المشورة الطبية للمقبلين علي الزواج عن طرق إجراء فحص جيني لهما لمعرفة التاريخ الوراثي للأمراض في أسرة كل منها ، وذلك لاختيار الشريك الأنسب والأصلح ليس فقط من جهة التوافق النفسي والجسدي بل من جهة تأثير ذلك علي النسل .^{٢٨٨٣}

أما الفحص الجيني : فهو عبارة عن قراءة تركيب المادة الوراثية لأهم جينات المقبلين علي الزواج لمعرفة مدي سلامتها أو اعتلالها .^{٢٨٨٤}

^{٢٨٨٢} ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ص ١٤٧ ، ١٤٨ ط/ دار القلم بيروت ط/ ثانية ١٤١٨ هـ .

^{٢٨٨٣} ينظر: الاختبار الجيني د/عارف علي عارف ص ٧٨٥ ، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية د/محمد عثمان شبير ص ٧٣٧ ، ٧٣٨ ، الجنين المشوة أسبابه وتشخيصه وأحكامه د/محمد البار ص ٤٢٠ ، ٤٢١ مراجع سابقه .

ويهدف إلي التعرف علي حاملي الأمراض الوراثية المنتشرة في مجموعة عرقية معينة أو بلد معين أو عائلة بعينها لتضييق دائرة الأمراض الوراثية وتجنب انتقالها للأجيال القادمة .^{٢٨٨٥}

وذلك أن الأمراض الوراثية منها ما هو سائد تظهر أعراضه على الشخص الحامل للصفة الوراثية المعتلة وينتقل الي ذريته وفق النسبة المقررة في علم الوراثة .

ومنها ما هو متحى لا تظهر أعراضه علي الشخص الحامل لصفته الوراثية ولكن تظهر علي ذريته - وفق النسبة المقررة في علم الوراثة - إذا تزوج بشخص حامل لذات الصفة الوراثية .

ولما كانت هذه الأمراض كثيرة ومنتشرة في مجتمعات بعينها - كأمراض الدم الوراثية ، ومنها أنيميا البحر الأبيض المتوسط - بل في عائلات بعينها ، كان هدف الفحص الجيني تعريف المقبلين علي الزواج بأهم الأمراض الوراثية المنتشرة داخل المجتمع أو بعض العائلات من حيث مضاعفاتها وأعراض ظهورها ومدى احتمالية انتقالها إلي الذرية وكذا التدابير الطبية اللازمة لمواجهة تلك الأمراض ووقاية النسل منها .

وبهذا يتمكن كلا الطرفين المقبلين علي الزواج من اختيار شريكه الأصلاح والأنسب له ، لتدوم رابطة الزوجية بينهما دون أن يعكر صفوها ظهور مرض وراثي علي أحدهما أو إصابة ذريتهما بالتشوه والإعاقة .^{٢٨٨٦}

ثانيا : إيجابيات الفحص الجيني قبل الزواج وسلبياته :

لما كان شأن الفحص الجيني باعتباره عملاً طبيياً يتصل بجسد الإنسان وسلامته وسلامة ذريته فإنه يهدف إلي تحقيق مصالح وإيجابيات ، لكن قد ينتج عنه بعض المفاسد أو السلبيات ، لا سيما أنه

^{٢٨٨٤} ينظر: أحكام الهندسة الوراثية د/سعد الشويرخ ص ٨٩ ، ٩٠ مرجع سابق .

^{٢٨٨٥} ينظر في هذا المعني : نظرة فقهية للإرشاد الجيني د/ ناصر الميمان ص ٢٦٩ مرجع سابق .

^{٢٨٨٦} ينظر: الجنين المشوه أسبابه وتشخيصه وأحكامه د/محمد البار ص ٤٢٠ ، ٤٢١ مرجع سابق .

لا يزال عملاً طيباً مستحدثاً، لذا لزم التعرف على إيجابياته وسلبياته - لما لها من عظيم الأثر في القول بمشروعيتها وعدمها - وذلك على النحو التالي :

أ- إيجابيات الفحص الجيني قبل الزواج :

لما كان الفحص الجيني عن الأمراض الوراثية السائدة والمتحيزة يهدف إلى الكشف عن الأمراض الوراثية السائدة والمتحيزة المنتشرة داخل المجتمع كان له إيجابيات ومصالح عديدة ، ومن أهمها ما يأتي :

١- أنه وسيلة للتعرف على الشريك الأنسب والأصلح عند إنشاء عقد الزواج ، ليتحقق دوام العشرة الطيبة بين الزوجين ، لما هو معلوم أن زواج الأصحاء يدوم ويستمر أكثر من زواج المرضى

٢٨٨٧ .

ذلك أن الشارع الحكيم قد قصد تأييد الزواج ودوامه على المودة والألفة ، وهذا مبتغى كل عاقل سليم الفطرة ، ولن يتحقق ذلك المقصود وتلك الغاية إذا كان أحد الشريكين حاملاً في صفاته الوراثية مرضاً تظهر أعراضه عليه في المستقبل ويورثه إلى ذريته ، إذ يكون الشريك بين خيارين أحلاهما مر ، فإما قطع الزواج بالطلاق أو التفريق للعيب ، وإما الاستمرار في حياة زوجية مليئة بالابتلاءات وبخاصة إذا ولد لهما طفل يعاني من تشوه أو إعاقة .

^{٢٨٨٧} ينظر : مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة ص ١٥١ ، ١٥٢ ، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية د/ محمد عثمان شبير ص ٣٣٥ ، الاختبار الجيني د عارف علي عارف ص ٧٨٥ .

٢- أن الفحص الجيني قبل الزواج وسيلة لحماية النسل من الإصابة بالأمراض الوراثية المتنحية ،
فيما لو كان الشريكان حاملين لصفة وراثية معتلة متنحية منتشرة داخل المجتمع ، حيث يكون
اقتران هذين الشخصين بيئة خصبة لظهور المرض على الذرية.

وعليه : ينصح هذان الشخصان بعدم الزواج ، ويغني الله كلا من سعته ، فإن أصرا علي إتمام
الزواج نصحا باتخاذ التدابير الطبية المتاحة لمنع انتقال المرض إلي الذرية^{٢٨٨٨} ، فيكونا علي علم
بمدى احتمالية انتقال المرض إلي أبنائهما ، ونسبة ذلك والتدابير الطبية الواجب اتخاذها .^{٢٨٨٩}

٣- يعد الفحص الجيني قبل الزواج وسيلة للحد من انتشار الأمراض الوراثية داخل المجتمع
أو تقليل عدد المصابين بها ، ومن ثم تجنب الأسرة والمجتمع الأعباء النفسية والاجتماعية
والاقتصادية اللازمة لرعاية المرضى والمعاقين ، فضلاً عن ادخار جهود مؤسسات الدولة الطبية
لعلاج الأمراض الأخرى .^{٢٨٩٠}

٤- أنه وسيلة لتوقع خطر الإصابة بأمراض متنوعة ، مثل مرض السكر وضغط الدم وأمراض
القلب وتصلب الشرايين والأمراض النفسية كالفصام والاكئاب ، والأورام السرطانية ، ما يجعل
الشخص أكثر إدراكاً ووعياً بحالته الصحية ، بل أشد اهتماماً وعنايةً بتنظيم حياته من حيث الغذاء

^{٢٨٨٨} ومنها : عدم الإنجاب ، أو الفحص قبل الانغراس ، وهو عمليه تخير لبويضة ملقحة خالية من المرض الوراثي بعد
تلقيح بويضة الزوج بماء الزوج خارج الرحم ، ينظر: الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة
للفحوصات الطبية الجينية د/محمد البار ص ١٥٥٣ ، ١٥٥٤ ، مرجع سابق
^{٢٨٨٩} ينظر : المرجع السابق بذات الموضوع .

^{٢٨٩٠} ينظر: نظرة فقهية للإرشاد الجيني د/ ناصر الميمان ص ٢٦٩ ، الإرشاد الوراثي الوقائي د/محسن الحازمي
ص ١٩٢ ، ١٩٦ مرجعان سابقان .

والرياضة والابتعاد عن مصادر التلوث وتناول الهرمونات ، فضلاً عن القدرة علي التحديد المبكر لمراحل الإصابة بالمرض والمبادرة إلى اتخاذ قرار العلاج في الوقت الملائم .^{٢٨٩١}

وبالجملة : فإن الفحص الجيني قبل الزواج يساعد كل واحد من الشريكين على معرفة الحالة الصحية للآخر ، ووقاية نسلهما من الإصابة بالأمراض الوراثية ، بحيث إذا أقدموا على الزواج كان ذلك عن رضا تام ، فلا يعرض لهما ما يكون سبباً في تنغيص العيش واضطراب الحياة أو يكون باعثاً قوياً على إنهاء الزوجية بطلاق أو فسخ .

وبهذا يمكن القول إنه يتوافق مع مقصود الشارع من تأييد الزواج ودوامه ، وحفظ النفس والنسل إيجاباً وإبقاءً ، لتطيب العشرة بين الزوجين ويهنأ كل منهما بالآخر وتقر أعينهما بالنزيرة الطيبة .

ب- سلبيات إجراء الفحص الجيني قبل الزواج :

إنه على الرغم من تعدد مصالح وإيجابيات إجراء الفحص الجيني قبل الزواج إلا أنه مشوب ببعض المفاسد والسلبيات ، ومن أهمها ما يأتي :

١- إيهام عوام الناس بأن خلو نتيجة الفحص الجيني من الأمراض الوراثية يعني سلامة الطرفين وذريتهما من جميع الأمراض الوراثية ، وهذا أمر يكذبه العقل فضلاً عن علم الطب ؛ وذلك لأن الأمراض الوراثية كثيرة متعددة ، والفحص الجيني لا يستوعبها جميعاً ، بل يشمل أخطر الأمراض الوراثية وأكثرها شيوعاً وانتشاراً في مجتمع بعينه أو عائلة بعينها .^{٢٨٩٢}

^{٢٨٩١} ينظر : العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية د/عبد الهادي مصباح ص ٦٩ ، ٧٠ ، ١٥٩ مرجع سابق .

^{٢٨٩٢} ينظر: الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/محمد البار ص ١٥٥٣ ، ١٥٥٤ ، مرجع سابق

ويمكن الرد علي ذلك :

بأن التوعية الطبية بشأن الفحص الجيني قبل الزواج ومدى أهميته في نجاح الأسرة وسلامة نسلها من خطر الأمراض الوراثية كفيلا بدفع هذا التوهم .

٢- أن الفحص الجيني قد يثير قلقاً نفسياً لدى بعض المقبلين علي الزواج خوفاً من نتائجه ، ما يكون دافعاً لهم للعزوف عن إجراء الفحص بل العزوف عن الزواج بالكلية .^{٢٨٩٣}

ويمكن الرد علي ذلك : بذات الرد علي سابقه .

٣- أن الفحص الجيني قد يكون سبباً في إصابة الشخص بأضرار نفسية كبيرة إذا ما أفصحت نتيجته عن الإصابة بمرض وراثي خطير ، لا سيما إذا كان من الأشخاص الذين يكون خوف المرض لديهم موازياً للمرض ذاته أو ربما أشد منه ضرراً ؛ إذ يتحول مثل هذا الشخص إلى فريسة لليأس والقلق والاكتئاب والشعور بفقدان الأمل في المستقبل بل الحياة ذاتها .^{٢٨٩٤}

ويمكن الرد علي ذلك :

بأن نشر التوعية بأهمية الفحص الجيني لصحة المقبلين علي الزواج وسلامة ذريتهم ، وجعله اختيارياً بيد الشخص ذاته كفيلاً بتلافي المحاذير النفسية المترتبة علي العلم بنتائجه إلى حد كبير .

^{٢٨٩٣} ينظر: نظرة فقهية في الأمراض التي يجب أن يكون الاختبار الوراثي فيها إجبارياً كما ترى بعض الهيئات الطبية لأستاذي الدكتور / محمد رأفت عثمان - رحمه الله - ضمن أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية المنعقدة بالكويت في أكتوبر ١٩٩٨ م ٩٢٤/٢ مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، الفحص قبل الزواج والإستشارة الطبية الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/محمد البار ص ١٥٥٣ ، ١٥٥٤ ، مرجع سابق

^{٢٨٩٤} ينظر : الاختبار الجيني د/عارف علي عارف ص ٧٩٥ ، الفحص الجيني قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/محمد البار ص ١٥٧٢ ، العلاج الجيني ومستقبل الطب د/عبد الهادي مصباح ص ٤٠ ، قراءة ايمانية للجينوم البشري د/حسان تحتوت ص ٤٠ مراجع سابقة ، مستجدات في قضايا الزواج والطلاق د/أسامه عمر سليمان الأسقر ص ٨٦ ط / دار النفائس الأردن ط/ثانيه ٢٠٠٥ م .

ويضاف إلي ذلك : أن من المهام الملقاة علي عاتق الطبيب الفاحص وأصحاب العلاقة تقدير ذلك الموقف بإدراك مدى إيمان المريض وقدرة تماسكه وصبره ورضاه بقضاء الله وقدره ، ونحو ذلك من أحواله النفسية ، والتصرف وفق ذلك بشأن إعلامه بنتيجة الفحص أو عدم إعلامها بها
٢٨٩٥ .

٤- أنه قد يترتب على إجراء الفحص الجيني إصابة الفتاة أو المرأة المقبلة علي الزواج بأضرار نفسية واجتماعية كبيرة ، وذلك إذا أسفرت نتائج الفحص الجيني عن إصابتها بمرض وراثي أو حمل جيناتها الوراثية مرضاً خطيراً كسرطان الثدي أو الرحم وتم اطلاق الغير علي خربطتها الجينية .

ولا شك أن تلك الأضرار سيتسع نطاقها لتشمل أسرة الفتاة ، بما يهدد القضاء علي مستقبل الإناث في الزواج داخل تلك الأسرة لا سيما في المجتمعات الصغيرة .^{٢٨٩٦}

ويمكن الرد علي ذلك :

بأنه يمكن تجنب تلك الأضرار بالالتزام بالحفاظ علي سرية نتيجة الفحص الجيني ، باعتبارها سرّاً مهنيّاً متعلقاً بشخص الإنسان لا يجوز شرعاً إفشاؤه بغير إذنه ، وتقرير جزاءات إدارية وجنائية رادعة لمن يقوم بإفشاء سر الفحص الجيني لغير ذوي الشأن .^{٢٨٩٧}

^{٢٨٩٥} ينظر : الاختبار الجيني د/عارف محمد عارف ص ٧٩٥ مرجع سابق

^{٢٨٩٦} ينظر: الفحص الجيني قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبيه الجينية د/محمد البار ص ١٥٥٨ ، الاختبار الجيني د/عارف علي عارف ص ٥٩٣ ، مستجدات فقهيه في قضايا الزواج والطلاق د/اسامه عمر سليمان الأشقر ص ٨٦ مراجع سابقه .

^{٢٨٩٧} ينظر : الاختبار الجيني د/عارف علي عارف ص ٧٩٤ مرجع سابق .

٥- أنه قد يساء استخدام نتيجة الفحص الجيني تجاه الأشخاص الذين أقدموا على إجرائه بما يلحق بهم أضراراً نفسية واجتماعية واقتصادية ، كأن تتخذ ذريعة إلى حرمانهم من بعض حقوقهم المشروعة كالعمل والتأمين الصحي .^{٢٨٩٨}

ويمكن الرد على ذلك :

بأنه يلزم أن يكون الفحص الجيني واضح القصد محدد الهدف ، وهو تخير الزوج بالنسبه للمقبلين على الزواج رجاء دوام العلاقة الزوجية وسلامة الذرية الناشئة عنها ، وعلى مؤسسات الدولة التشريعية تقرير ذلك بقوانين تنظم إجراء الفحص الجيني وتحدد مقاصده بضوابط واضحة مقترنة بعقوبات رادعة على مخالفتها ، ضماناً لعدم إساءة استخدام نتائجه أو توجيهها لتحقيق أهداف وغايات خارجة عن نطاق الأسرة .^{٢٨٩٩}

^{٢٨٩٨} أو تتخذ نتيجة الفحص الجيني ذريعة للتمييز العنصري ضد فئة أو مجموعة عرقية تحمل جيناتها مرضاً وراثياً معيناً، وقد حدث ذلك في أمريكا سنة ١٩٩٤ م ضد ملايين من السود الحاملين لجين الأنيميا المنجلية ، فمنعوا من كثير من الأعمال وخاصة تلك المتعلقة بالطيران كمضيفين ومضيفات وكطيارين في القوات الجوية ، كما رفضت شركات التأمين التعاقد معهم ، بل صرح بعض علماء الجينات والوراثة في الإعلام الأمريكي بأنه من الأفضل للأمة الأمريكية منع الأشخاص السود الحاملين لهذا الجين من الإنجاب . ينظر: الفحص الجيني قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية د/محمد البار ص١٥٥٧، ٨، ١٥٦ ، ١٥٦٩ ، الاختبار الجيني د/عارف علي عارف ص ٧٩٥ ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق د/أسامه عمر سليمان الأشقر ص ٨٦ ، قراءة إيمانية في الجينوم البشري د/حسان تحوت ص ٤٠ ، العلاج الجيني ومستقبل الطب د/عبد الهادي مصباح ص ٤١ مراجع سابقة .

^{٢٨٩٩} ينظر: الضوابط الشرعية للفحص الوراثي قبل الزواج د/عبد الناصر موسي أبو البصل ص ٨ بحث منشور علي

شبكة الإنترنت علي الرابط التالي : <https://pmb.univ-said.dz> ، الاختبار الجيني د/عارف علي عارف ٧٩٤ مرجع سابق .

٦- أن نتائج الفحص الجيني ليست قطعية ، بل هي ظنية احتمالية ، ومن ثم لا تعد دليلاً قطعياً علي ظهور المرض في المستقبل ، ومع هذا قد تكون مانعاً من إتمام الزواج في كثير من الأحيان إذا ثبت وجود مرض وراثي بالخريطة الجينية لأحد الطرفين المقبلين علي الزواج .^{٢٩٠٠}

ويمكن الرد علي ذلك :

بأن الظن معتبر في بناء الأحكام الشرعية ، كما أن القواعد الفقهية تستلزم تنزيل المرض المتوقع يقيناً أو غالباً منزلة الواقع فعلاً في جانب الاحتياط .

وفي هذا يقول الإمام العز بن عبد السلام : " فإن قيل : كيف يحرم تحصيل مصلحة ناجزة محققة لتوقع مفسدة مهمة ؟ قلنا : لما غلب وقوع هذه المفسدة جعل الشرع المتوقع كالواقع ، والشرع قد يحتاط لما يكثر وقوعه احتياطه لما تحقق وقوعه . " ^{٢٩٠١}

بالإضافة إلي أنه يمكن تفادي احتمالية النتائج أو التقليل منها باتخاذ التدابير العلمية اللازمة ، كمرقبة عملية الفحص ومراجعة نتائجها بدقة وإعادة إجرائها عند التشكك في بعض خطواتها .^{٢٩٠٢}

وبناءً علي ما تقدم : يمكن القول بأن إظهار نتيجة الفحص الجيني إصابة أحد الطرفين المقبلين علي الزواج بمرض وراثي أو حملة لموروثاته مع احتمال تعديه إلي النسل يعد مبرراً قوياً للطرف الآخر في الامتناع عن الاقتران به . والأمر متروك في ذلك لإرادته واختياره .

^{٢٩٠٠} ينظر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق د/أسامه عمر سليمان الأشقر ٨٦ ، الفحص قبل الزواج

والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوص الطبية الجينية د/محمد البار ص ١٥٦٣ مرجعان سابقان .

^{٢٩٠١} قواعد الأحكام في مصالح الإمام ١٠٧/١ مرجع سابق . وينظر معه : مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق

د/أسامه عمر سليمان الأشقر ٩٢ ، الاختبار الجيني د/عارف علي عارف ص ٧٨٤ مرجعان سابقان .

^{٢٩٠٢} ينظر: مدى مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج د/حسن صلاح الصغير ١٠٨ وهامش (١) بدأت الصفحة

ط/دار الجامعة الجديدة الأسكندرية ٢٠٠٥م

٧- وأخيراً: تشكل التكاليف المالية اللازمة لإجراء الفحص الجيني قبل الزواج عبئاً مالياً زائداً على أعباء الزواج التي تنقل كاهل الشباب في كثير من بلدان العالم الإسلامي ، ما يعد سبباً للعزوف عن الزواج أو تأخيره ، وهذا مناقض لقصد الشارع في تيسير مؤن الزواج .^{٢٩٠٣}

ويمكن الرد على ذلك :

بأنه ينبغي أن تتحمل مؤسسات الدولة الطبية تكلفة هذا الفحص ، بحيث يكون بالمجان أو بمبلغ مناسب لإمكانيات الشباب المقبل على الزواج .

وعلى أيه حال فإن تحمل بعض تكاليف الفحص الجيني أولى بكثير من وجوه الإنفاق في حفلات الزواج ومظاهرها التي يخالف غالبها الشرع ولا يرتجى منها مصلحة دينية أو نفع دنيوي حقيقي في نظر أصحاب العقول السليمة .

هذا وبإمعان النظر في ما ذكر من مفاصد وسلبات يتوقع حصولها عند إجراء الفحص الجيني أرى مع بعض الباحثين - وبحق - أن غالبها لا يعود في حقيقة الأمر إلى الفحص الجيني بذاته ، وإنما هو مرتبط بآليات تطبيقه في الواقع^{٢٩٠٤} ، ما يحتم على مؤسسات الدولة ، الدينية والتربوية والإعلامية أداء الدور المنوط بها بفاعلية تجاه نشر الوعي الطبي والشرعي بأهمية الفحص الجيني للأسرة والمجتمع .

ثم قيام المؤسسات العلمية والطبية بتهيئة المختصين لإجراء الفحص الجيني وفق أحدث التقنيات الطبية وأدقها ، على أن ينظم عملها بقوانين محكمة لضبط أهداف الفحص الجيني وتحديد غايانه في نطاق سلامة

^{٢٩٠٣} ينظر: نظرة فقهية في الأمراض التي يجب أن يكون الاختبار الوراثي فيها إجبارياً كما ترى بعض الهيئات الطبية لأستاذي الدكتور / محمد رأفت عثمان ٩٤٢/٢ ، الضوابط الشرعية للفحص الوراثي د/عبد الناصر موسى أبو البصل ص ٨ ، ٩ ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية نظرة فاحصة للفحوص الطبية الجينية د/محمد البار ص ١٥٥٨ مراجع سابقه .

^{٢٩٠٤} ينظر: أحكام الهندسة الوراثية د/سعد الشويرخ ص ٩٤ مرجع سابق.

الأسرة والنسل ، وحفظ سياج الخصوصية والسرية لنتيجة ، مع تيسير نفقات إجرائه لمن أراد من الشباب المقبل على الزواج على أن يحاط ذلك كله بعقوبات رادعة تكفل الامتثال للقانون وتحفظ أحكامه من الانتهاك .

الفرع الثاني

موقف الفقهاء المعاصرين من مشروعية الفحص الجيني قبل الزواج

من المعلوم أن قضية الفحص الجيني من المستجدات الفقهية المعاصرة ، لذا لم تكن محلاً لاجتهاد الفقهاء المتقدمين لعدم تصورهما في زمانهم ، وإنما وضعت على مائدة البحث الفقهي في العصر الحديث بسبب تسارع الاكتشافات العلمية في مجال الوراثة.

هذا ولما كان الفحص الجيني قبل الزواج متردداً بين عدة إيجابيات داخلية في جملة المصالح المعتبرة شرعاً ، وبين عدة سلبيات توهم دخوله في نطاق الحظر الشرعي اختلف الفقهاء المعاصرون في مشروعيته على قولين:

القول الاول :

مشروعية الفحص الجيني قبل الزواج . وإليه ذهب غالب الفقهاء المعاصرين^{٢٩٠٥} ، وسانده وناذى به جمع من الأطباء المعاصرين^{٢٩٠٦}.

^{٢٩٠٥} ينظر: د/ محمد رأفت عثمان - رحمه الله - : نظرة فقهية في الأمراض التي يجب أن يكون الاختبار الوراثي فيها إجبارياً ٩٢٦/٢ ، د/ محمد عبد الغفار الشريف : الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية ص ٣٣١ ، ٣٤٢ ، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة العدد الثاني والعشرون الجزء الاول ، د/ علي محيي الدين القرّة داغي ، فقه القضايا الطبية المعاصرة ص ٢٨٢ ط/ دار البشائر الإسلامية بيروت ط/ ثانيه ٢٠٠٦ م، د/ محمد عثمان شبيب : موقف الإسلام من الأمراض الوراثية ص ٣٣٦ مرجع سابق ، د/ عارف علي عارف : الاختبار الجيني ص ٧٨٤ مرجع سابق ، د/ عبد الناصر أبو البصل : الضوابط الشرعية للفحص الوراثي قبل الزواج ص ١ مرجع

بل تتأكد مشروعيتها عند انتشار بعض الأمراض الوراثية في مجتمع معين أو عائلة أحد الطرفين المقبلين على الزواج ، وكذا عند كون الطرفين ذا قرابة قريبة ؛ لأن هذه الأحوال مظنة قوية لوجود المرض الوراثي وظهوره على النسل .^{٢٩٠٧}

واستدل اصحاب هذا القول عليه بالكتاب بالكتاب والسنة والمعقول .

أولا الكتاب :

ومنه قوله تعالى : (رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا ذُرِّيَّتًا قَرَّةً أَعْيُنَ) .^{٢٩٠٨}

وجه الدلالة :

سابق ، د/أسامة عمر سليمان الأشقر : مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص ٩٧ ، د/محد الزحيلي : الإرشاد الجيني الوراثي ضمن موسوعه قضايا إسلامية معاصرة ٥١/٥ - ٥٣ ط/دار الكتبي دمشق ط/أولي ٢٠٠٩م ، دحسن صلاح الصغير : مدي مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج ص ١٠٨ مرجع سابق ، د/سعد الشويرخ : أحكام الهندسة الوراثية ص ١٣٨ مرجع سابق ، د/السيد محمود عبد الرحيم مهران : الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة ص ٢٢٥ ط/١٤٢٣ هـ ٢٠٠٤م دن ، د/عبد الرحمن الجرعي : الكشف الإجباري عن الامراض الوراثية ص ١٣٦ مرجع سابق ، د عبد الرشيد قاسم : الفحص قبل الزواج .مقال منشور علي الأنترنت على الرابط

التالي www.islamtoday.com

^{٢٩٠٦} ينظر: د/محمد البار : الجنين المشوة ص ٤٢٠ ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية ص ١٥٤٢ ، ١٥٥٩ مرجعان سابقان ، د/محسن الحازمي : الإرشاد الوراثي الوقائي ص ١٩١ ، ، دأحمد محمد كنعان : الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة ص ٨٦٣ مراجع سابقة .

^{٢٩٠٧} ينظر: الهندسة الوراثية ص ١٤٠ ، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة ص ٢٢٥ مرجعان

سابقان

^{٢٩٠٨} سورة الفرقان (٧٤) .

أن الآية الكريمة ظاهرة في الدلالة على مشروعية طلب سلامة الزوج والذرية من كافة الأمراض والعلل ؛ إذ لا تقر العين بزواج مريض أو ذرية معاقة ، فيكون الفحص الجيني مشروعاً ضرورة كونه وسيلة طبية يتوصل بها إلى تخير الزوج الأصلح وتحصيل النسل السليم المعافى من الأمراض الوراثية والإعاقة .^{٢٩٠٩}

ثانياً : السنة النبوية المطهرة :

و منها الأحاديث الشريفة الآتية :

١- الاحاديث الدالة على مشروعية تخير الزوج ومنها : قوله صلى الله عليه وسلم : (تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم) .^{٢٩١٠}

وقوله صلى الله عليه وسلم (تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة) .^{٢٩١١}

وجه الدلالة :

أن الشارع الحكيم قد حث على تخير كل واحد من الزوجين للشريك الأصلح والأنسب خلقياً وخلقياً ، وبخاصة تخير الرجل للمرأة لكونها محل الإنبات والنسل ، ولا يتوصل إلى ذلك المقصد المشروع إلا بالفحص الجيني قبل الزواج فيكون مشروعاً ضرورة كونه وسيلة لأمر مشروع .^{٢٩١٢}

^{٢٩٠٩} الاختبار الجيني ص ٧٨٣ ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص ٩٤ ، الضوابط الشرعية للفحص الوراثي

ص ٥ مراجع سابقة .

^{٢٩١٠} سبق تخريجه .

^{٢٩١١} سبق تخريجه .

^{٢٩١٢} ينظر : مدي شرعية التحكم في معطيات الوراثة ص ٥٢ ، الاختبار الجيني ص ٧٨٣ ، ٧٨٤ ، أحكام الهندسة الوراثية ص ١٣٢ مراجع سابقة .

٢- الأحاديث النبوية الشريفة الدالة على مشروعية الوقاية من الأمراض المعدية واجتناب مظاهرها ، ومنها : قوله ﷺ : (لا يوردن ممرض على مصح) ،^{٢٩١٣}

وقوله عليه وسلم : (لا عدوى ولا طيرة وفر من المجذوم فرارك من الأسد) .^{٢٩١٤}

وقوله عليه وسلم في شأن الطاعون : (فمن سمع به بأرض فلا يقدم عليه ومن وقع بأرض وهو بها فلا يخرجنه الفرار منه) .^{٢٩١٥}

وجه الدلالة:

أن هذه الأحاديث الشريفة تدل على مشروعية الوقاية من الأمراض المعدية وعدم إدخالها على الأصحاء وذلك صيانة للنفس من مواطن الهلاك والضرر ، ويدخل في مفهوم ذلك الحكم وعلمته توقي الأمراض الوراثية ، ولا تتحقق الوقاية منها- بل لا تعلم أصلاً- إلا بالفحص الجيني ، فيكون مشروعاً ضرورة التوصل به إلى حفظ النفس من الهلاك والضرر.^{٢٩١٦}

٣- الأحاديث النبوية الشريفة الدالة على مشروعية التداوي ، ومنها :

وقوله عليه وسلم : (تداووا عباد الله) .^{٢٩١٧}

وقوله عليه وسلم : (لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برئ بإذن الله) .^{٢٩١٨}

^{٢٩١٣} رواه البخاري في ك الطب، باب لا هامة ٢١٧٧/٥ ، ومسلم في ك السلام ، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ١٧٤٢/٤

^{٢٩١٤} رواه البخاري في ك الطب ، باب الجذام ٢١٥٨/٥

^{٢٩١٥} رواه مسلم في ك السلام ، باب الطاعون والطيرة ١٧٣٨/٤

^{٢٩١٦} ينظر : مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص ٩٤ . ٥٩ ، الفحص قبل الزواج د/عبد الرشيد مقال على الإنترنت على الرابط سابق الإشارة ، الاختبار الجيني ص ٧٨٤ مراجع سابقة .

^{٢٩١٧} سبق تخريجه .

^{٢٩١٨} سبق نخريجه .

وجه الدلالة:

أن الفحص الجيني نوع من الفحوص الطبية اللازمة للتعرف على المرض الوراثي للتداوي منه إما بالوقاية باجتناح الزواج من حاملي المورثات المعتلة ، أو بانتقاء الأجنة السليمة في مرحلة ما قبل الانغراس ، وإما بالعلاج الجيني باستبدال المورثات المعتلة بمورثات سليمة ، فيكون مشروعاً لكونه وسيلة للتداوي من المرض الوراثي.^{٢٩١٩}

ثالثاً: المعقول:

واستدلوا منه بالأوجه الآتية:

الوجه الأول:

القياس على النظر للمخطوبة ، فلما كان مشروعاً للتعرف على سلامة المخطوبة من العيوب والعلل الظاهرة بغية دوام الزواج واستمراره وسلامة نسلها ، كان الفحص الجيني أولى بالمشروعية ؛ إذ إنما تكتشف به الأمراض الوراثية التي هي أخطر أثراً على دوام الزواج وسلامة النسل من العلل والعيوب الظاهرة.^{٢٩٢٠}

الوجه الثاني:

أن في إجراء الفحص الجيني قبل الزواج دفعاً للضرر المتوقع عن الزوج السليم إذا كان الطرف الآخر حاملاً لمرض وراثي سائد ، ودفعاً للضرر المتوقع عن الذرية إذا كان الطرفان

^{٢٩١٩} ينظر في هذا المعنى : مدي مشروعية توقف توثيق عقد الزواج الشرعي في الوثائق الرسمية المعدة لذلك علي شهادة أهل الاختصاص الطبي بخلو الزوجين أو أحدهما من الأمراض الوراثية لأستاذي الدكتور نصر فريد واصل ص ٢٧٦ ضمن بحوث الدورة السابعة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة من ١٩-٢٤ شوال ١٤٢٤ هـ-١٣-١٨ ديسمبر ٢٠١٣ ، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية ص ٣٤١ ، الاختبار الجيني ص ٧٨٢ ، أحكام الهندسة الوراثية ص ١٣٤ مراجع سابقة .

^{٢٩٢٠} ينظر في هذا المعنى : الفحص الطبي قبل الزواج من منظور إسلامي د/حسن محمد المرزوقي ص ٨٥٦ ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون جامعة الامارات الجزء الثاني .

حاملين لصفة وراثية معتلة متحبة ، فيكون مشروعاً إعمالاً للقواعد الفقهية المقتضية دفع الضرر المتوقع قبل وقوعه ؛ إذ الدفع أولى من الرفع" ، كما أن "الضرر يدفع قدر الإمكان".^{٢٩٢١}

الوجه الثالث :

أن الفحص الجيني وسيلة لحفظ مقاصد شرعية معتبرة ، ومنها : حفظ كيان الزوجية ودوامها على التوافق والتآلف وطيب العشرة وهناءة كل من الزوجين بالآخر ، وحفظ النسل من التعرض للإصابة بالأمراض الوراثية المؤدية غالباً إلى التشوه والإعاقة ، فيكون مشروعاً ضرورة كونه وسيلة لحفظ مقاصد شرعية ؛ إذ الوسائل تأخذ حكم المقاصد في المشروعية وعدمها.^{٢٩٢٢}

قال الإمام القرافي : " وموارد الأحكام على قسمين : مقاصد ، وهي المتضمنة للمصالح في أنفسها . ووسائل ، وهي الطرق المفضية إليها ، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل ، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلي أقرب المقاصد أقرب الوسائل ."^{٢٩٢٣}

^{٢٩٢١} ينظر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص ٩٤ . ٥٩ ، الفحص قبل الزواج د/عبد الرشيد مقال غلي الأنترننت سابق الإشارة ، الاختبار الجيني ص ٧٨٤ مراجع سابقة ، وينظر في قواعد دفع الضرر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦ وما بعدها ط/ مصطفى البابي الحلبي القاهرة ١٩٥٩ م.

^{٢٩٢٢} ينظر : الضوابط الشرعية للفحص الوراثي ص ٤ وما بعدها ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص ٩٧ ، الفحص قبل الزواج د/عبد الرشيد مقال غلي الأنترننت ، الاختبار الجيني ص ٧٨٥ مراجع سابقة ^{٢٩٢٣} الفروق للإمام القرافي ٤٥١/٢ تح د/ محمد سراج ، د/علي جمعه ط/ دار السلام القاهرة ط/ ثانية ١٤٢٨ هـ - ٢٠١٧ م ، وينظر في معناه : قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٥٣/١ .

القول الثاني :

عدم مشروعيه الفحص الجيني قبل الزواج . وإليه ذهب فضيلة الشيخ عبد العزيز بن باز - رحمه الله - من العلماء المعاصرين .^{٢٩٢٤}

واستدل على قوله بما يأتي :

أن إجراء الفحص الجيني قبل الزواج يتعارض مع وجوب الثقة في الله تعالى وحسن الظن به ﷻ ، بالإضافة إلى أن نتائجه احتمالية وليست قطعية .^{٢٩٢٥}

وأجيب عنه :

بأن الفحص الجيني قبل الزواج لا يتعارض مع وجوب الثقة في الله تعالى وحسن الظن به وجميل التوكل عليه سبحانه ، بل إن كمال الإيمان به تعالى وحسن التوكل عليه يقتضي إجراءه ويستلزمه ، لكونه أخذاً بأسباب التداوي المشروع .^{٢٩٢٦}

أما القول بأن نتائجه احتمالية فلا يقتضي إهدار المصالح الراجحة المنوط بها خاصة مع خطورة الأمراض الوراثية وعظيم ضررها المتوقع بالزوجين والذرية والمجتمع بأسره ، وذلك أن الشارع إنما ينزل الضرر المتوقع منزلة الواقع فعلاً احتياطاً وانقاءً لوقوعه .^{٢٩٢٧}

^{٢٩٢٤} حيث أستفتي رحمه الله : " أرغب في الزواج من بنت عمي ونصحتني بعض المقربين بعمل كشف طبي قبل الزواج حتى نطمئن علي جينات الوراثة . فهل هذا فيه تدخل في قضاء الله وقدره ؟ وما حكم الدين في هذا الكشف الطبي ؟ فأفتي رحمه الله بأنه : لا حاجة لهذا الكشف وعليكما أن تحسنا الظن بالله ، والله سبحانه وتعالى يقول : (أنا عند ظن عبدي بي) ، كما روى ذلك عنه نبيه صلى الله عليه وسلم ، ولأن الكشف الطبي يعطي نتائج غير صحيحة . " ينظر : جريدة المسلمون العدد ٥٩٧ الصادر في ١٢ يوليو ١٩٩٦ مشار إليها في الاختبار الجيني ص ٥٨٤ ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص ٩٢ .

^{٢٩٢٥} ينظر: فتوى الشيخ - رحمه الله - السابق ذكرها في الهامش السابق .

^{٢٩٢٦} وقد سبق تفصيل القول في هذا الجانب في مشروعية التداوي .

^{٢٩٢٧} ينظر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص ٩٣ مرجع سابق .

القول الراجح :

يظهر من جميع ما تقدم رجحان قول غالب العلماء المعاصرين بمشروعية إجراء الفحص الجيني قبل الزواج ؛ وذلك لأنه وسيلة لحفظ المصالح الآتية :

- ١- حفظ كيان الزوجية من الانهيار بالطلاق أو الفسخ عند اكتشاف مرض وراثي بأحد الزوجين .
- ٢- حفظ النفس ، وذلك بأخذ التدابير الطبية اللازمة لمواجهة المرض الوراثي حال ظهوره إما بالعلاج - إن كان ممكناً - أو التقليل من أضراره وأثاره .
- ٣- حفظ النسل ، وذلك باجتنباب الزواج من حاملي المرض الوراثي أو أخذ التدابير الطبية اللازمة لعدم انتقال المرض إلى الأبناء عند الرغبة في إتمام الزواج .
- ٤- حفظ المال ، وذلك بتقليل إنفاق الأسرة ومؤسسات الدولة العلاجية على علاج المصابين بالأمراض الوراثية والمعاقين.

فهو بالجملة وسيلة لحفظ المقاصد المتقدمة من جانب عدم بدرء الاختلال المتوقع عنها . ٢٩٢٨

و يضاف الى ذلك :

أن المفساد والأضرار المتوقع ترتبها على عدم إجراء الفحص الجيني أعظم وأشد من السلبات والمفاسد المتوقع حدوثها عند إجرائه ، لذا تترجح مشروعية إجرائه إعمالاً للقواعد الفقهية المتعلقة بالموازنة بين المصالح والمفاسد ، لكونه دافعاً لأشد الضررين وأعظم المفسدتين بارتكاب أخفهما وتحمله ، ولأنه " إذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما" . ٢٩٢٩

٢٩٢٨ قال الإمام الشاطبي - رحمه الله - في حفظ المقاصد الكلية الخمسة : " والحفظ لها يكون بأمرين : أحدهما : ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود . والثاني : ما يدرك عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب عدم . " الموافقات ٢/٢٦٥ .

٢٩٢٩ ينظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٧ .

المطلب الثالث

مدى مشروعيه الإلزام بإجراء الفحص الجيني قبل الزواج

اختلف الفقهاء القائلون بمشروعية إجراء الفحص الجيني قبل الزواج في جواز إلزام ولي الأمر به المقبلين على الزواج على قولين :

القول الأول : جواز إلزام ولي الأمر المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الجيني . وإليه ذهب بعض العلماء المعاصرين .^{٢٩٣٠}

واستدلوا على ذلك بأدلة عديدة، من أهمها ما يأتي :

١- قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) .^{٢٩٣١}

وجه الدلالة :

إن الآية الكريمة قد قررت وجوب طاعة ولي الأمر فيما لا معصية فيه ، فإذا كان إجراء الفحص الجيني مشروعاً لما يناط به من مصالح معتبرة شرعاً كان لولي الأمر إلزام المقبلين على الزواج به تحقيقاً لتلك المصالح وكانت طاعته واجبة .^{٢٩٣٢}

^{٢٩٣٠} ومنهم : د/ نصر فريد واصل : مدي مشروعية توثيق عقد الزواج الشرعي ص ٣٩٢ ، د/أسامة الأشقر : مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص ٩٧ مرجع سابق ، د/محمد عثمان شبير : موقف الإسلام من الأمراض الوراثية ص ٣٣٦ ، د/ محمد الزحيلي : الإرشاد الجيني الوراثي ص ٥٤ ، د/عبد الرحمن الجرجي : حكم الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية ص ١٣٦ ، د/ناصر الميمان : نظرة فقهية للإرشاد الجيني ص ٢٧٧ مرجع سابق ، د سعد الشويرخ : أحكام الهندسة الوراثية ص ١٤٠ وهو اختبار الجمعية العلمية السعودية للدراسات الطبية والفقهية . ينظر: الفقه الطبي ص ١٢٤ مراجع سابقة .

^{٢٩٣١} سورة النساء (٥٩) .

^{٢٩٣٢} ينظر في هذا المعنى : أحكام الهندسة الوراثية ص ٤١ مرجع سابق .

٢- أن دفع الهلاك وأسبابه عن النفس المعصومة واجب شرعاً بمقتضى قوله تعالى : (وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ)^{٢٩٣٣} ، كما أن دفع الضرر مطلقاً - متوقفاً او غير متوقع - واجب أيضاً بعموم قوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار)^{٢٩٣٤} ، ولا ريب أن الفحص الجيني وسيلة طبية متعينة لدفع خطر المرض الوراثي وضرره عن النفس والنسل والأسرة والمجتمع ، فيكون واجباً شرعاً إذا ألزم ولي الأمر الناس به ؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .^{٢٩٣٥}

٣- أن القاعدة الفقهية : "تصرف الإمام على رغبه منوط بالمصلحة"^{٢٩٣٦} ، إنما هي الأصل الضابط لواجبات الولاية حيال الرعية . وتعني : أن جميع الأعمال والتصرفات الصادرة من كل ولاية أمور المسلمين يجب أن تهدف إلى تحقيق مصلحة جماعة الأمة ودفع الضرر عنهم لكي تنفذ على الرعية وتكون ملزمة لهم .^{٢٩٣٧}

وتقييد ولي الأمر للزواج - بالإنزام بالفحص الجيني قبله - تصرف يتفق مع القاعدة الفقهية ؛ إذ يقصد به النفع العام للأمة بسلامة نسلها من المرض والتشوه والاعاقة ، وديمومة رابطة الزوجية واستمرارها على التوافق والانسجام بين الزوجين ، ودفع أضرار الإصابة بالمرض الوراثي ومفاسده عن المجتمع بأسره ، فيكون مشروعاً إعمالاً للقاعدة .^{٢٩٣٨}

^{٢٩٣٣} سورة البقرة (١٩٥)

^{٢٩٣٤} سبق تخريجه .

^{٢٩٣٥} ينظر في هذا المعنى : موقف الإسلام من الأمراض الوراثية ص ٣٣٦ ، حكم الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية ص ١٣٥ ، ١٣٦ ، مدى مشروعية الإنزام بالفحص الطبي قبل الزواج ص ١٣ ، فقه القضايا الطبية المعاصرة ص ٢٨٤ مراجع سابقة ، الفحص قبل الزواج د/عبد الرشيد قاسم مقال علي الرابط السابق الإشارة .

^{٢٩٣٦} ينظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢١ ، المنثور للزركشي ١/١٨٣

^{٢٩٣٧} ينظر: القواعد الفقهية لأستاذي الدكتور / عبد العزيز عزام -رحمه الله -٢٦٠- ، ٢٦١ ط/دار الحديث القاهرة ٢٠٠٥م.

^{٢٩٣٨} ينظر قرب هذا المعنى : أحكام الهندسة الوراثية ص ١٤٢ ، نظرة فقهية للإرشاد الجيني ص ٢٧٧ مرجعان سابقان .

القول الثاني : عدم جواز إلزام ولي الأمر المقبلين علي الزواج بإجراء الفحص الجيني . وإليه ذهب بعض علماء المعاصرين .^{٢٩٣٩}

وأستدلوا على ذلك بأدلة عديدة ، من أهمها ما يأتي :

١- أن إلزام ولي الأمر المقبلين علي الزواج بإجراء الفحص الجيني اشتراط زائد على ما تطلبه الشارع في عقد الزواج من أركان وشروط ، فلا يكون مشروعاً لكونه تزيدياً على الشرع .^{٢٩٤٠}

ويمكن الجواب عنه :

بأن إلزام المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الجيني ليس تزيدياً على الشرع ؛ إذ لم يقل أحد بأنه شرط في تكوين العقد أو صحته يترتب على انعدامه أو الإخلال به بطلان العقد أو فسادة ، بل هو شرط تنظيمي من قبل ولي الأمر قصد به تحقيق مصالح عامة وعديدة للأمة - علي ما تقدم بيانه - فيكون مشروعاً .

^{٢٩٣٩} ومنهم : د/ محمد رأفت عثمان : نظرة فقهيته في الأمراض التي يجب أن يكون الاختبار الوراثي فيها إجبارياً ٩٢٦/٢ ، د/محمد عبد الغفار الشريف :الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية ص ٣٣٣ ، د/ عارف علي عارف الاختبار الجيني ص ٧٩٤ ، د/علي محيي الدين القرّة داغي : فقه القضايا الطبيه المعاصرة ص ٢٨٥ ، د/ محمد البار : الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية ص ١٥٥٩ ، د/عبد الرشيد قاسم : الفحص قبل الزواج مقال على الإنترنت بالرباط سابق الإشارة مراجع سابقة ، وهو ما أوصت به ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري المنعقدة في جدة ٢٠١٣ ينظر: أعمال الندوة (البيان الختامي والتوصيات) ص ٣١٣ مرجع سابق ، وكذا ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني المنعقدة في الكويت ١٩٩٨م ينظر: مجله المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٠٥١/٢ ، وأقره المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة ٢٠٠٣م ينظر: مجله المجمع ص ٣٠٥ العدد السابع عشر السنة الخامسة عشر ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م .

^{٢٩٤٠} ينظر: الفحص قبل الزواج د/ عبد الرشيد قاسم مقال علي الرابط سابق الإشارة .

٢- إن في إلزام جميع المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الجيني ضرراً بمن لا يبتغي النسل بالزواج ، كالعقيم ومن تقدم به العمر ونحوهما ، كمن يتزوج للأنس ودفع الوحشة ، وعليه يكون الإلزام به ممنوعاً شرعاً لما فيه من إلحاق الضرر بالغير دون مسوغ شرعي .^{٢٩٤١}

وأجيب عنه :

بأن من لا يبتغي النسل بالزواج فئة قليلة جداً ، أما غالب المقبلين على الزواج فيقصدون به إنجاب الذرية بمقتضى دواعي الفطرة الإنسانية ، ومعلوم أن الحكم يتبع الغالب الكثير لا النادر القليل . ومع هذا يمكن القول باستثناء هذه الفئة القليلة من الإلزام ، حيث لا يرتجي منه - بالنسبة لهم - تحصيل نفع أو دفع ضرر .^{٢٩٤٢}

٣- أن تصرف ولي الأمر في الإلزام بالمباح إنما يكون صحيحاً وواجب الطاعة شرعاً إذا تعينت فيه المصلحة أو غلبت طبقاً لقاعدة "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" ، وفي الإلزام بالفحص الجيني مفسد عديدة تربوا علي مصالحه ، كعزوف الشباب عن الزواج أو تأخيره بسبب تكاليف الفحص والخوف من نتائجه ، فلا يكون مشروعاً لعدم رجحان المصلحة فيه .^{٢٩٤٣}

^{٢٩٤١} ينظر في هذا المعنى : مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ص ٩٧ ، فقه القضايا الطبية المعاصرة ص ٢٨٣ مرجعان سابقان ، الفحص قبل الزواج د/عبد الرشيد قاسم مقال علي الرابط سابق الإشارة .

^{٢٩٤٢} ينظر: مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج د/ حسن صلاح الصغير ص ١١٩ ، ١٢٠ مرجع سابق .

^{٢٩٤٣} ينظر في هذا المعنى : فقه القضايا الطبية المعاصرة ص ٢٨٤ مرجع سابق ، الفحص قبل الزواج د/عبد الرشيد قاسم علي الرابط سابق الإشارة .

وأجيب عنه :

بأن مصلحة حفظ النفس والنسل من خطر الإصابة بالأمراض الوراثية وكذا حفظ المال الذي ينفق في علاج المرضى والمعاقين ورعايتهم فضلاً عن حفظ كيان الزوجية من الانهيار بسبب المرض الوراثي لهي مصالح كلية وعامة راجحة علي مفاصد عدم الإلزام بالفحص الجيني ، وبذلك يتحقق مناط إلزام ولي الأمر الناس به ويكون مشروعاً .^{٢٩٤٤}

٤- إنه لا خلاف بين القائلين بمشروعية إجراء الفحص الجيني في كونه وسيلة للتدواي والوقاية من الأمراض الوراثية ، فإذا كان التدواي غير واجب إلا في حالة القطع بكونه متعيناً لدفع خطر الهلاك عن النفس أو دفع ضرر فوات أحد الأعضاء كان الفحص الجيني - باعتباره وسيلة للتدواي - غير واجب إلا في الحالة المذكورة ، وذلك لما تقتضيه القواعد من المماثلة بين الوسائل ومقاصدها في الحكم .^{٢٩٤٥}

ويمكن الجواب عنه :

بأن هذا الدليل خارج عن محل النزاع ، إذ النزاع في مدى جواز إلزام ولي الأمر المقبلين علي الزواج بإجراء الفحص الجيني ووجوبه بمقتضى هذا الإلزام ، لا في وجوب الفحص الجيني في ذاته باعتباره وسيلة للتدواي .

ومع هذا يمكن القول بأن دفع خطر التشوه والإعاقة عن نسل الأمة المطلوب حفظه شرعاً إيجاداً وإيقاءً كافٍ للقول بوجوب الفحص الجيني كوسيلة وقائية للتدواي الواجب شرعاً من الأمراض الوراثية .

^{٢٩٤٤} ينظر في هذا المعنى : مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج د/حسن صلاح الصغير ص ١٢٠ مرجع سابق .

^{٢٩٤٥} ينظر: الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية د/ محمد عبد الغفار الشريف ص ٣٣١ مرجع سابق .

وإنما يجب التداوي في هذه الحالة دفعا لخطر الهلاك والعجز عن نسل الأمة ، فإذا أضيف إلى ذلك إلزام ولي الأمر بالفحص الجيني لما يناط به من مصالح عامة للأمة استقر وجوبه وتأكد من الجهتين .

٥- إنه يترتب على إلزام ولي الأمر المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الجيني مفسد وأضرار عديدة من الافتئات على الحرية الشخصية ، والتحيز ضد الأشخاص وتعرضهم للتمييز في نطاق العمل والتأمين الصحي ونحوها ، وتكبد نفقاته وتكاليفه الباهظة ، ما يدفع فئة غير قليلة إلى التحايل على هذا الإلزام بتزوير الشهادات الطبية المطلوبة أو الحصول عليها بطريق المجاملة أو الرشوة او غير ذلك من وسائل الفساد الإداري ، ليصبح الأمر في حقيقته إلزاماً صورياً لا يترتب عليه سوى المفسد والأضرار ، فيمتنع القول بمشروعيته درءاً للمفسد الراجحة وسداً للذريعة.^{٢٩٤٦}

وأجيب عنه :

بأن بعض المفسد والأضرار المذكورة كالاقتئات على الحرية الشخصية وتكبد نفقات الفحص الباهظة إنما يجب تحملها في سبيل تحصيل مصلحة الأمة في سلامة نسلها من الأمراض الوراثية وما ينتج عنها من تشوه وإعاقة ، وذلك استناداً إلى قواعد الموازنة بين المصالح والمفسد ؛ لأنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، ولأنه إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما .^{٢٩٤٧}

^{٢٩٤٦} ينظر في هذا المعنى : الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية د/ محمد عبد الغفار الشريف ص ٣٣١ ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية ص ١٥٥٩ مرجعان سابقان.

^{٢٩٤٧} ينظر في القواعد الفقهية : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٧ وما بعدها ، القواعد الفقهية لأستاذي الدكتور / عبد العزيز عزام -رحمة الله - ص ١٤٤ ، ١٦٠ مرجعان سابقان . وينظر في الاستدلال بهما علي ما ذكر : فقه القضايا الطبية المعاصرة ص ٢٨٥ ، نظرة فقهية للإرشاد الجيني ص ٢٧٧ ، الفحص قبل الزواج د/عبد الرشيد قاسم مقال علي الرابط سابق الإشارة .

أما باقي المفاصد والأضرار فيمكن التغلب عليها أو الحد منها بوضع ضوابط لإجراء الفحص الجيني تكفل سد ذرائع تلك المفاصد ؛ إذ هي غير ناشئة عن ذات الفحص الجيني ، بل عن تطبيقه في الواقع على ما تقدم إيضاحه في إيجابيات الفحص الجيني وسلبياته .

القول الراجح :

يظهر من دراسة المسألة ميل البحث إلى التوقف عن إطلاق ترجيح قول بعينه ، وذلك لكون الحكم في المسألة مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بظروف كل مجتمع من النواحي التالية :

- ١- الناحية الصحية : من حيث مدى انتشار الأمراض الوراثية داخل المجتمع .
- ٢- الناحية الطبية : من حيث مدى توافر الكفاءات الطبية البشرية والتقنيات الحديثة اللازمة لإجراء الفحص الجيني علي نحو يجعل نتائجه أكثر دقة وأبعد عن الاحتمالية .
- ٣ - الناحية الثقافية : من حيث مدى انتشار الوعي في المجتمع بأهمية الفحص الجيني وفائدته للمقبلين على الزواج ، وانعكاس ذلك على القبول المجتمعي له بما يضمن عدم التهرب من إجراءاته أو التحايل علي الإلزام القانوني به .
- ٤- الناحية الاقتصادية : من حيث مدى توافر الإمكانيات المادية اللازمة للإنفاق علي تجهيز المؤسسات الطبية المتخصصة في إجراء الفحص الجيني ، وكيفية توزيع عبء تكاليفه المالية بين الأفراد ومؤسسات الدولة .
- ٥- الناحية التشريعية والتنظيمية : من حيث مدى سرعة استجابة المشرع لسن القوانين المنظمة لأحكام إجراء الفحص الجيني التي تكفل تحصيل مصالحه وإيجابياته ودرء مفاصده وسلبياته .

ولما كانت المجتمعات المعاصرة متباينة في تلك الظروف كان من الأنسب والأوفق الاكتفاء الآن بالقول بمشروعية الفحص الجيني لكن مع ضرورة الاهتمام بتهيئة المجتمع من النواحي المتقدمة

لإصدار تشريع ملزم بإجرائه قبل الزواج ، فذلك أدعى إلى تحصيل مصالحه وتكثيرها ودرء مفسده أو تقليلها خروجاً من الخلاف^{٢٩٤٨} . والله تعالى أعلم

^{٢٩٤٨} ينظر قرب هذا المعنى : الكشف الإجمالي عن الأمراض الوراثية ص ٣٣٣ ، فقه القضايا المعاصرة ص ٢٨٥ وما بعدها ، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية ص ١٥٥٩ مراجع سابقه .

المبحث الرابع

نتيجة الفحص الجيني بين السرية والتبصير والإفصاح وأثر كشفها عن مرض وراثي

على إنشاء الزواج

تمهيد وتقسيم :

لقد رجح البحث مشروعية إجراء الفحص الجيني جلباً لمصالحه العائدة إلى الزوجين ونسلهما ، فإذا خضع الطرفان - قبل الزواج - لإجراء الفحص كانت نتيجته في حق الطبيب دائرة بين وجوب حفظ السرية والخصوصية من جانب وتبصير الطرفين بها من جانب آخر .

لكن هل يجوز للطبيب كشف سرية نتيجة الفحص المتعلق بأحد الطرفين للآخر ؟ وما حكم التبصير والإفصاح بنتيجة الفحص بين الطرفين قبل انعقاد العقد ؟ وما مدى جواز امتناع الولي عن تزويج موليته من شخص مصاب بمرض وراثي ؟

هذا ما يجيب البحث عنه ويوضح أحكامه الفقهية على التفصيل في ثلاثة مطالب علي النحو التالي :

المطلب الأول : حفظ الطبيب سرية نتيجة الفحص الجيني ومشروعية تبصير الطرفين بها.

المطلب الثاني : التبصير والإفصاح بنتيجة الفحص الجيني بين الرجل والمرأة .

المطلب الثالث : مدى جواز امتناع الولي عن تزويج موليته برجل مصاب بمرض وراثي .

المطلب الأول

حفظ الطبيب سرية نتيجة الفحص الجيني

ومشروعية تبصير الطرفين بها

لا جدال في كون نتيجة الفحص الجيني سرّاً طبيّاً مهنيّاً يجب على الطبيب ومعاونه والمؤسسة الطبية القائمة بإجرائه صيانته وحفظه ، ويحرم عليهم كشفه لغير أطراف العلاقة .

قال الشيخ منصور البهوتي : " يجب على الغاسل ستر قبيح رآه ... كطبيب ، أي يجب على الطبيب أن لا يحدث بسر ، لما فيه من الإفصاح. " .^{٢٩٤٩}

وذلك لأن من يقدم على إجراء الفحص الجيني إنما قصد طلب النصيحة والمشورة الطبية من المختصين ، فيكون كل من يطلع على نتيجة الفحص بحكم عمله مؤتمناً عليها ، يجب عليه حفظ سريتها ، لدخولها في عموم الأمانات الواجب حفظها شرعاً بمقتضى قوله تعالى :

(إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا) .^{٢٩٥٠}

قال الإمام الرازي : " ويدخل فيه أن لا يفشي على الناس عيوبهم " .^{٢٩٥١}

ويحرم عليه كشف سريتها لغير ذي صفة ، لما فيه من الخيانة وإلحاق الأذى والضرر بالغير ، وذلك محذور بقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) .^{٢٩٥٢}

^{٢٩٤٩} كشف القناع ٧٢٨/٢ .

^{٢٩٥٠} سورة النساء (٥٨) .

^{٢٩٥١} التفسير الكبير المسمى مفاتيح الغيب ١١٢/١٠ ، ١١٣ ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى دت .

^{٢٩٥٢} سورة الأنفال (٢٧) . حزاب (٥٨) .

وقوله تعالى : (وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا).

٢٩٥٣

وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار) . ٢٩٥٤

قال حجة الإسلام الغزالي : " إفساء السر خيانة ، وهو حرام إذا كان فيه ضرر " . ٢٩٥٥

وقال الإمام الماوردي : " وإظهار الرجل سر غيره أقبح من إظهار سر نفسه ؛ لأنه يبوء بإحدى وصفتين : الخيانة إن كان مؤتمناً والنميمة إن كان مستودعاً " . ٢٩٥٦

ويوازي وجوب حفظ سرية نتيجة الفحص الجيني على الطبيب تبصيره كل واحد من الطرفين بنتيجة فحصه وتقديم النصيحة الطبية اللازمة له .

لكن يثور التساؤل - هنا - عن مدى انطباق ذلك الحكم على الطرفين إذا طلب كل واحد منهما علي حدة أن تبقي نتيجة فحصه سريه لا تكشف للطرف الآخر، فهل يجوز للطبيب أن يكشف سرية نتيجة الفحص للطرف الآخر ؟

والجواب :

أن الرجل والمرأة لما أقدما على إجراء الفحص الجيني إنما قصد كل واحد منهما المشورة وطلب النصيحة في الإقدام على الزواج بالآخر ، فيعد ذلك منه سبباً مبيحاً لكشف سرية نتيجة الفحص الخاص للطرف الآخر حتى وإن صرح بخلاف ذلك ، بشرط أن يكون في زواجهما

٢٩٥٣ سورة الأحزاب (٥٨) . الأنفال (٢٧) .

٢٩٥٤ سبق تخريجه .

٢٩٥٥ إحياء علوم الدين ٣/١٣٢ .

٢٩٥٦ أدب الدنيا والدين ص ٣٠٧/طدار مكتبة الحياة ١٩٨٦ م . وينظر في معناه : غذاء الألباب شرح منظومة الآداب للشيخ محمد بن أحمد السفاريني ١/٩٠ طدار الكتب العلمية بيروت ط/أولي ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م .