

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية متخصصة في الفقه الإسلامي
المجلد الثالث، السنة الأولى، ربيع الآخر، جمادى الأولى، جمادى الآخرة، ١٤١٠ هـ، نوفمبر - ديسمبر، ١٩٩٠ م

في هذا العدد

- واجب الشباب / ساحة الشيخ / عبدالعزيز بن باز
نظرية العرف كمصدر للأحكام / الدكتور / عبدالرحمن بن عبدالعزيز القاسم
الكلام في بيع الفضولي / للإمام / صلاح الدين الملاي
تحقيق الدكتور / صلاح بن عبدللي الشرع
الزكاة والضرائب (نقضية للبحث) / الدكتور / محمد بن زكي عبدالبر
الطريقة المبكرة في حل مسائل الجد والإخوة / الدكتور / عبدالعزيز بن محمد الزيد
مسئولية الأطباء / الدكتور / عبدالرحمن بن حسن النفي

تساوى المجامع الفقهية

الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات المقدية.

موضوع الاجتهاد.

صرف ريع الوقف

أطفال الأنايب

توظيف الزكاة في مشاريع ذات ريع بملكية فردي للمستحق

بدل الخلو

زكاة الأسهم في الشركات

انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً.

كتب ورسائل في الفقه

مجلة

البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية متخصصة في الفقه الإسلامي

صاحبها ورئيس تحريرها **د/عبد الرحمن بن حسن النفيس**

سفر النسخة

في المملكة العربية السعودية ١٢ ريب الأول أو ما يعادله
في دول مجلس التعاون وفي بقية الدول العربية
والدول الإسلامية دولار أمريكي أو ما يعادله
وفي بقية دول العالم ودولارات أمريكية

المصنوع

المملكة العربية السعودية
الرياض - البديعة شمال شرق مسجد الأميرة
هاتف: ٤٣٨١٨١٤ - ٤٣٨١٨١٥ - ٤٣٨١٨١٦
الاشتراكات
قيمة الاشتراك السنوي للدوائر الحكومية والمؤسسات
١٥٠ ريالاً
للأفراد ١٠٠ ريال
في خارج المملكة تضاف أجرة البريد.

وكيل التوزيع: المؤسسة النجديّة للتوزيع

[illegible]

تكون المراسلات على العنوان التالي

المملكة العربية السعودية ص. ب: ١٩١٨ الرياض ١١٤٤١

قواعد النشر

نود هيئة المجلة أن تبدي للإخوة الباحثين أن قواعد النشر في المجلة تنص

على ما يلي:

- (١) أن يكون البحث المراد نشره مبنيًا على الفقه الإسلامي.
- (٢) أن ينصب البحث عن القضايا، والمشكلات المعاصرة، والبحث عن الحلول النظرية والعملية في الفقه الإسلامي، ومعالجته المعاصرة عند أهل السنة والجماعة.
- (٣) أن يتصف البحث بالموضوعية، والأصالة، وإنتاج المنهج العلمي في البحث من حيث التخريج والإستاد والتوثيق.
- (٤) أن يكون البحث لما لم يسبق نشره في كتاب، أو مجلة، أو أي أداة نشر أخرى.
- (٥) أن يختم البحث بخلاصة تبين النتيجة والرأي، أو الآراء التي تضمنها البحث.
- (٦) أن يرقى بالبحث خلاصة له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية.
- (٧) ألا تقل صفحات البحث عن خمس عشرة صفحة.
- (٨) يكتب اسم الباحث ثلاثياً مع وظيفته العلمية إن وجدت.
- (٩) يتم تحكيم البحوث من قبل علماء متخصصين وفقاً لنموذج يبين قواعد التحكيم، وإجراءاته..
- (١٠) سوف تدفع المجلة مكافأة عن البحث في حال نشره.
- (١١) البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها ما لم يطلب الباحث ذلك.

• ترتيب البحوث في المجلة يخضع لاعتبارات فنية

فهرس العدد

- واجب الشهاب سباحة الشيخ / عبدالعزيز بن باز ٩
- نظرية العرف كمصدر للأحكام الدكتور / عبدالرحمن بن عبدالعزيز ١٨
- القسم
- الكلام في بيع الفضولي للإمام / صلاح الدين الملالى ٥١
- تحقيق الدكتور / صلاح بن عبدالمعنى
- الشرع
- الزكاة والضرائب (نقضية للبحث) الدكتور / محمد بن زكي عبدالعز ١٠٣
- الطريقة المتكررة في حل مسائل الجسد الدكتور / عبدالعزيز بن محمد الزيد ١٠٨
- والإخوة ..
- مسئلة الأطباء الدكتور / عبدالرحمن بن حسن النفيسة ١٦٤

فناوى المجامع الفقهية

- الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات المعقدة ٢٠٢
- موضوع الاجتهاد ٢٠٨
- صرف ريع الوقت ٢١٢
- إطلاق الأنايب ٢١٣
- توليف الزكاة في مشاريع ذات ريع ولا تملك فردي للمستحق ٢١٥
- يخل الخلو ٢١٦
- زكاة الأسهم في الشركات ٢١٨
- انتفاع الإنسان بأعضائه جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً ٢٢١
- كتب ورسائل في الفقه ٢٢٣

رسالة من هيئة المجلة

تحدث إلينا أحد العلماء مشجعاً لنا فيما يرى أنه يستحق التشجيع، وملاحظاً لنا فيما يرى أنه عل الملاحظة، وربما فهمنا من حديثه أن المجلة في إطارها العام تصنف بالخصوصية لفئة من القراء لأن القارئ العام - كما يرى - لا يستسهل، وربما لا يستسيغ بحثاً في جزئية من جزئيات الفقه تشداخل فيه آراء المذاهب، وتتعدد فيه الشواهد، ويحاط بالكثير من الهوامش والمصادر.

القارئ العام - كما يراه - يريد خبراً خاطفاً يثير فيه كوامن الانفعال تجاه أي حدث عارض.. يريد معرفة قضية تستأثر باهتمامه وهو يطارده مشكلات الحياة وتطارد. يريد صورة محسوسة لما يعيشه ويفعل به ويتفاعل معه.

وقلنا له: إن فهمنا للقارئ العام ليس حصراً في هذا الافتراض، وإن كانت فئة منه تهتم باليسيط والسهل من البحث وقلنا له: إن القارئ العام هو المخاطب بكل بحث علمي مهما كانت خصوصيته فليست النظريات الرياضية أو الكيميائية قُطْرُخُ لغثة من الإنسان، وليست النظريات الفقهية أو الأحكام القضائية خاصة من الناس للمحل والمخاطب بفلك هو عامة الإنسان، وإن بدت هذه النظريات والأحكام ذات خصوصية في ظاهرها.

من هنا فإن من المهم في نظرنا إدراك الكيفية التي تُسهّل وصول المعرفة إليه حتى وإن كانت هذه المعرفة ذات طبيعة معينة.. لقد أدركت هذه الحقيقة ومائل النشر اليومية المتطورة، فقلنا نقرأ صحيفة مشهورة إلا وفيها بلاغ عن نظرية طية، أو اقتصادية، أو أحكام قضائية أو اتجاهات فقهية.. صحيح أن هذا البلاغ لا يحقق للمتخصص ما ينتغيه من إلمام كامل لما يطلبه إلا أن هذه الوسائل تهتم بإيصال المعرفة إلى القارئ العام باعتبارها المخاطب الحقيقي وتبها - في الوقت نفسه - للقارئ المتخصص دليلاً لما يروى أن يتمتع فيه.

وإذا كان القارىء المسلم يتم بأي إنجاز طيب يرى فيه حلاً لمريض مستصعب ، أو إنجاز ثغاني يرى فيه متعة للنفس فهو من باب أولى يتم بمسائل عقليته وفقهها، لكي يستطيع مراجعة قضايا ومشكلات حياته .

ومن هنا فإن اهتمامنا في هذه المجلة ينصب على القارىء في عمومته فنحن نريد - مثلاً - أن نطرح للقارىء العام معنى الضرورات أو الكليات الخمس (الدين والنفس والعقل والنسل والمال) نريد أن نبين له أن محافظته على دينه بأصوله وقروعه التزام شرعي يجب عليه تنفيذه بحسنة وسلوكاً أينما وجبنا كان . . نريد أن نبين له أن محافظته على نفسه لا تعني فقط استجابته لقوانينه في حب البقاء بل تعني استجابته للالتزام المقروض عليه شرعاً بالمحافظة عليها من كل المخاطر . . نريد أن نشرح له أن هذا الالتزام يمتد إلى نفس غيره وأن عليه تنفيذه عندما يقود مبادئه أو عمارس أي نوع من أنواع التعامل معه وهكذا .

نريد أن يعرف القارىء العام القراءات الفقهية التي تصدرها المجامع الفقهية فيما يتعلق بقضايا ومشكلات حياته . ومن هذا الالتزام رأينا أن نجتمع كل بحث ينشر في المجلة بـ «خلاصة» جامعة تسهل للقارىء معرفة ما تضمنه البحث من رأي أو آراء فقهية . . وقد أكدنا على هذا في قواعد النشر، ورجونا من الأخوة الباحثين مراعاته .

ومن هذا المفهوم التزمنا أيضاً بنشر القراءات الفقهية التي صدرت أو تستصدر عن المجامع الفقهية ليس لأن القارىء يجد فيها توجيهاً شرعياً من علماء ثقات فحسب بل لأنه أيضاً يجد فيها علاجاً مختصراً لمشكلة تواجهه، أو سؤالا يحظر له .

وقد أكدت الاتصالات والرسائل التي تردنا أن القارىء العام لا يقل عن القارىء المتخصص في اهتمامه بالبحوث، والقراءات الفقهية التي تنشر في المجلة وكان هذا حافزاً لنا على إضافة باب جديد للقارىء نأمل أن تطرحه قريباً ابتغاء خدمة القارىء التي صدرت من أجله هذه المجلة .

والله المستعان . .

رسائل وردت للمجلة

سعدت هيئة المجلة بتلقيها عدداً من الرسائل والاتصالات من داخل المملكة العربية السعودية، وخارجها فقيض شعوراً كروياً رأت فيه هيئتها تشجيعاً، وحافزاً يدفعها إلى مضاعفة الجهد، والتفاني في أداء الرسالة الخيرية التي صدرت من أجلها المجلة - وهي خدمة شرع الله - وبخاصة وهي تصدر من هذه البلاد العزيزة مهبط الوحي ومبعث الرسالة والحفاظة لشرع الله وستة رسوله المصطفى محمد ﷺ .

وأول هذه الرسائل رسالة من صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبدالعزيز النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع والطيران والمفتش العام . ولا يسع هيئة المجلة إلا أن تبث لسموه الكريم بالغ التقدير على عطفه وتشجيعه هذه المجلة في كل مراحل صدورها .

ورسالة من صاحب السمو الملكي الأمير أحمد بن عبدالعزيز نائب وزير الداخلية، ورسالة من صاحب السمو الملكي الأمير سعود الفيصل وزير الخارجية لسموهما من هيئة المجلة وافر التقدير على شعورهما الكريم .

وتلقت المجلة رسائل من كل من معالي الأستاذ محمد علي أبا الخليل وزير المالية والاقتصاد الوطني، ومعالي الأستاذ عبدالوهاب بن أحمد عبدالواسع وزير الحج والأوقاف، ومعالي الأستاذ فيصل الحجيلان وزير الصحة، ومعالي الدكتور سليمان السليم وزير التجارة، ومعالي الأستاذ عبدالعزيز بن عبدالله السالم أمين عام مجلس الوزراء، ومعالي الدكتور منصور التركي مدير جامعة الملك سعود، ومعالي الدكتور راشد الراجح مدير جامعة أم القرى، ومعالي الدكتور محمد سعيد المقحطاني مدير جامعة الملك فيصل بالأحساء، ومعالي الأستاذ عبدالله النعيمي أمين مدينة الرياض، ومعالي الأستاذ عبدالعزيز الرفاعي، وسعادة اللواء علي بن محمد الخليفة مدير عام مكتب صاحب السمو الملكي الأمير سلطان بن عبدالعزيز النائب الثاني لرئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع والطيران والمفتش العام وسعادة اللواء دكن يوسف بن إبراهيم السليم أمين عام مجلس الخدمة العسكرية .

كما تلقت المجلة أيضاً رسائل من عدد من العلماء والاصدقاء ومنهم الأستاذ نبيه بن عبدالقدوس الأنصاري صاحب ورئيس تحرير مجلة المنهل، والدكتور

توفيق محمد الشاوي، والدكتور محمد علي البار، والدكتور طلال عمر بافقيه، والدكتور أحمد عبدالرحيم السالمح من جامعة قطر، والشيخ محمد بن صالح الذحيم رئيس هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في المذهب والشيخ علي العيسى من وزارة التعليم العالي، والدكتور صلاح عبدالغني الشرع من جامعة الملك فيصل بالاحساء، والسيد / حبيب محمود أحمد مدير فرع وزارة الحج والأوقاف في المدينة المنورة، والدكتور محمد الدسوقي من كلية الشريعة بجامعة قطر، والأستاذ محمد بن ناصر الصقر المستشار بشعبة الخبراء بمجلس الوزراء والأستاذ الدكتور محمد رواص قلعه جي من جامعة الملك سعود، والأستاذ سعد بن إبراهيم الرصيص من ديوان رئاسة مجلس الوزراء، والأستاذ عبدالله الحيدري من إذاعة الرياض، والشيخ عبدالوهم بن سعد آل عتيق من عتاكم الإفلاج، والدكتور محمد توفيق سعد الأستاذ المشارك بجامعة الأزهر، والأستاذ وجلي بن أحمد خاشقجي من المدينة المنورة والأستاذ محمد أديب محمود عبدالسلام من المدينة المنورة والأستاذ عبداللطيف بن سيف الشهراني، والأستاذ أحمد فهد الحمدان مدير مكتبة الرشد، والأستاذ حميد عطاءالله المرواني من جدة.

ولا يسع هيئة اللجنة إلا أن تبعث للأمرء والوزراء والعلماء والاصدق له بالشكر والتقدير والامتنان على كرم مشاعرهم وتشجيعهم وتثوير هذا ذخيرة ورصيداً في مسيرتها بإذن الله .

والجبت الشباب

ساحة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز

الرئيس العام لإدارات البحوث
العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله أصحابه ومن سلك سبيله واهتدى
بهده إلى يوم الدين .

أما بعد فمن المعلوم أن الله عز وجل خلق الثقلين لعبوديه وحده لا شريك له
وأرسل الرسل عليهم الصلاة والسلام لدعوة الناس إلى هذا الوجه وتوضيح هذا الأمر
المعظم وتصحيحهم في ذلك وتوجيههم إلى الخير وتحذيرهم عما سواه . قال تعالى :
﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾^(١) ﴿مَا أُرِيدُ مِنْهُمْ مِنْ رِزْقٍ وَمَا أُرِيدُ
أَنْ يُطْعَمُوا﴾^(٢) ﴿إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ﴾^(٣) فأبأن سبحانه وتعالى أنه
خالق الثقلين لعبوديه وحده لا شريك له وأن الرزق عليه سبحانه وتعالى وليس في حاجة
إلى أحد من خلقه جل وعلا بل هو الرزاق سبحانه وتعالى وإنما خلقوا ليعبدوا ربهم ،
وعبادته تعظيمه والخضوع له سبحانه وتعالى والذل له بفعل أوامره وترك نواهي عن محبة
خاصة وعن صدق وإخلاص وعن رغبة ورهبة . فكذلك تكون العبادة هي طاعة الرب عز
وجل وطاعة الرسول صلى الله عليه وسلم بفعل الأوامر وترك النواهي عن ذلك والخضوع
ومحبة لله عز وجل ولرسوله عليه الصلاة والسلام وعن رغبة فيما عند الله من الثواب وعن
حذر مما عنده من العقاب جل وعلا .

(١) سورة الفاتحة الآية ٥٦ .

(٢) سورة الفاتحة الآية ٥٧ .

(٣) سورة الفاتحة الآية ٥٨ .

وهذه العبادة إنما تعرف بالتفصيل من طريق الرسل عليهم الصلاة والسلام وهم الذين يشرحونها للناس ويبينونها بما أنزل الله عليهم من الكتب وبما يوحي اليهم سبحانه من أنواع الوحي فيها يأمرهم وينهاهم عنه سبحانه وتعالى كما قال عز وجل: ﴿لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط﴾^(١) الآية. وقال تعالى: ﴿وأنزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدي ورحمة وبشرى للمسلمين﴾^(٢) وقال سبحانه: ﴿ولقد بعثنا في كل أمة رسولاً أن أعبدوا الله واجتنبوا الطغوت﴾^(٣) وقال تعالى: ﴿وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحي إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون﴾^(٤) فالواجب على جميع العقلاء من الجن والإنس رجالاً ونساءً شيئاً وشباناً أن يعبدوه وحده بطلاعته سبحانه فيما أمر به وترك ما نهى عنه على حسب ما جاء به الرسل عليهم الصلاة والسلام. ومعلوم أن نصيب هذه الأمة من الرسل عليهم الصلاة والسلام محمد عليه السلام - فإن الله أرسله إلى هذه الأمة عامة وجعله خاتم الأنبياء وكانت الرسل قبله كثيرين وكان كل واحد منهم يرسل إلى قومه خاصة، أما نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فأرسل إلى الناس عامة كما قال تعالى: ﴿وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً﴾^(٥) وقال سبحانه وتعالى: ﴿قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعاً﴾^(٦) ولما قال تعالى: ﴿وما كان محمد أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين﴾^(٧) وتواتر عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: (أنا خاتم النبيين لا نبي بعدي) وأجمع أهل العلم على أنه خاتم الأنبياء والرسل وأنه ليس بعده نبي ولا رسول. ولهذا جعل الله رسالته عامة لجميع الأمة عربياً وعجمياً وجنياً وإنسياً وذكوراً وإناثاً أسودها وأبيضها وأحرها ولا فرق في ذلك كما تقدم في قوله عز وجل: ﴿قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعاً﴾^(٨) وفي قوله تعالى: ﴿وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً﴾^(٩).

(١) سورة الحديد الآية ٢٥.

(٢) سورة النحل الآية ٨٩.

(٣) سورة النحل الآية ٣٦.

(٤) سورة الأنبياء الآية ٢٥.

(٥) سورة ص الآية ٢٨.

(٦) سورة الأعراف الآية ١٥٨.

(٧) سورة الأحزاب الآية ٤٠.

(٨) سورة الأعراف الآية ١٥٨.

(٩) سورة ص الآية ٢٨.

وفي الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال (كان النبي يبحث إلى قومه خاصة ويبحث إلى الناس عامة) وقال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(١) وقال سبحانه: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَى عَبْدِهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيرًا﴾^(٢) نذير للعالمين كلهم - فالواجب على جميع الثقلين طاعة هذا الرسول عليه السلام والسير على مناجاه والاستقامة على طريقه قولاً وعملاً وعقيدة، وعبدته عبدة خاصة صلادة فوق عبدة النفس والأهل والأولاد والناس أجمعين، فبذلك يقطع العبد غاية الفلاح وينجو في الدنيا والآخرة وتكون له السعادة والعافية الجميلة الأبدية كما قال تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوا وَفَصَّروهُ وَالْتَبَعُوا النَّوْرَ الَّذِي أَنزَلْنَا مَعَهُ أُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾^(٣) فمن آمن به واتبع طريقه وانقاد لشرعه فهو المفلح وهو السعيد في الدنيا والآخرة وهو الصادق حقاً في عبته عز وجل ولرسوله صلى الله عليه وسلم كما قال عز وجل: ﴿قُلْ إِن كُنتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ﴾^(٤) الآية وقال تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يَدْخُلْهُ جَنَّتُكَ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾^(٥) ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يَدْخُلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾^(٦) وقال عليه السلام (كل أمتي يدخلون الجنة إلا من أبى، قيل يا رسول الله ومن أبى؟ قال: من أطاعني دخل الجنة ومن عصاني فقد أبى) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه - فالواجب على جميع المكلفين من الرجال والنساء والذكور والإناث والشباب والشيب والجن والإنس والعرب والعجم أن يعبدوا الله وحده ويخصوه بأنواع العبادة وأن يطيعوه سبحانه وتعالى، ويتبعوا شريعته وذلك بإخلاص العبادة له وحده واتباع رسوله صلى الله عليه وسلم في ذلك. والعبادة حق الله وحده ليس لأحد فيها شراكة كما قال تعالى: ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ تَسْتَعِينُ﴾^(٧) وقال سبحانه: ﴿وَقَضَىٰ رَبِّي أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾^(٨) وقال عز وجل: ﴿وَمَا أَمْرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ﴾^(٩) الآية. وهذه العبادة هي طاعته وإتباع شريعته وتعظيم أمره ونهيه وترك ما نهى عنه عن ذل وخضوع وعن محبة وانقياد وملتق ورغبة ورهبة.

(١) سورة الأنبياء الآية ١٠٧.

(٢) سورة الفرقان الآية ١.

(٣) سورة الاعراف الآية ١٥٧.

(٤) سورة آل عمران الآية ٣١.

(٥) سورة النساء الآية ١٣.

(٦) سورة النساء الآية ١٤.

(٧) سورة الفاتحة الآية ٥.

(٨) سورة الإسراء الآية ٢٣.

(٩) سورة البينة الآية ٥.

ومن عبد غيره معه فقد أشرك به سبحانه كمن يعبد الشمس أو القمر أو النجوم أو الأصنام أو الجن أو الرسل أو الأنبياء أو الأولياء أو غيرهم من المخلوقين يدعوهم أو يستغيثهم بهم أو يطلب المنة منهم أو يذبح لهم أو يعتقد فيهم أنهم يتصرفون في الخلق بالفتح أو الضر أو شفاء المرض أو جلب الرزق أو التصرف على الأصعدة أو نحو ذلك، أو أنهم شركاء لله في ذلك وهذا كله من الشرك الأكبر والكفر البواح الذي يفسد العمل ويحبطه ويوجب دخول النار وتحريم الجنة والمغفرة، كما قال الله تعالى: ﴿إِنَّهُ مِنْ يَشْرِكْ بِهِ اللَّهُ فَقَدْ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَمَأْوَاهُ النَّارُ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿وَلَوْ أَشْرَكُوا لَحَبِطَ عَنْهُمْ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَوْحَى إِلَيْكَ وَإِلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكَ لَنْ أَشْرَكَ لِيَحْبِطَنَّ عَمَلُكَ وَلِتَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾^(٣) وقال تعالى: ﴿إِنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ أَنْ يَشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرَ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ﴾^(٤) فالشرك هو صرف بعض العبادة لغير الله عز وجل جعل بعضها لله وبعضها لغيره سبحانه وتعالى من الجن أو الإنس أو الملائكة أو الأصنام أو الأشجار أو الكواكب أو الأحياء أو غير ذلك من الخلق يستغيث بهم أو يتنذر لهم أو يذبح لهم أو يطلب المنة أو نحو ذلك، فمن فعل ذلك قد أشرك بالله وعبد معه سواء وأبطل بذلك شهادته أن لا إله إلا الله وإن عمداً رسول الله، لأن لا إله إلا الله هي كلمة التوحيد وهي أساس الدين قال تعالى: ﴿وَأَلْهَمَكُمْ إِلَهُ وَاحِدًا لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ﴾^(٥) وقال تعالى: ﴿فَاعْلَمْ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَاسْتَغْفِرْ لِذَنْبِكَ﴾^(٦) الآية. فمن أشرك مع الله غيره نقض هذه الكلمة لأن معناها لا معبود حق إلا الله. كما قال تعالى في سورة الحج: ﴿ذَلِكَ يَأْتِي اللَّهُ هُوَ الْحَقُّ وَأَنْ مَا يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ هُوَ الْبَاطِلُ﴾^(٧) ومن زعم أنه يجوز أن يدعوا مع الله غيره ويعبد مع الله سواء من صنم أو شجر أو حجر أو نبي أو ملك أو جن أو غير ذلك فقد أشرك بالله وكفر وأعظم على الله القرية وإن لم يفعله مادام يعتقد جواز هذا وأنه لا بأس به، وصار بهذا مشركاً كافراً ولو لم يفعله فكيف إذا فعل. وهكذا من حصد ما أوجب الله عليه من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة يكون كافراً مشركاً كمن حصد وجوب الصلاة أو الزكاة أو حصد وجوب صوم رمضان أو حصد وجوب الحج مع الاستطاعة أو حصد تحريم الزنا أو قاله إن الخمر ليس بحرام أو أحل اللواط أو الربا أو عقوب الوالدين أو ما أشبه ذلك مما هو

(١) سورة المائدة الآية ٧٢.

(٢) سورة الأنعام الآية ٨٨.

(٣) سورة الفرقان الآية ٦٥.

(٤) سورة النساء الآية ٤٨.

(٥) سورة البقرة الآية ١٦٣.

(٦) سورة محمد الآية ١٩.

(٧) سورة الحج الآية ٦٢.

معروف من الدين بالضرورة وجوبه أو تحريمه فإنه يصير بذلك مشركاً كافراً مبطلاً بذلك قوله لا إله إلا الله لأن دين الله يتضمن إخلاص العبادة لله وحده والإيمان بما شرع الله من واجبات ومحرمات . فعلى المسلم أن ينقاد لذلك ويؤمن به ويستقيم عليه .

والشباب هم شأن لأهم عصب الأمة وقوتها بعد الله ويرجى فيهم الخير العظيم والنصر لدين الله في مستقبل الزمان إذا استفقوا وثقفوا في الدين كما يرجى فيهم النفع للأمة والرفع من شأنها وإصلاح دين الله وجهاد أعدائه . وعلى الشباب واجب كبير في نصر الحق وأعله ومكافحة الباطل والدعاة إليه . فالواجب على كل شاب مكلف أن يهتم بدينه وأن يعتني به وأن يتفقه فيه من طريق الكتاب والسنة بواسطة العلماء المعروفين بالمعلم والفضل وحسن العقيدة حتى يستقيم على دينه على بصيرة ويدعو إليه على بصيرة وحتى يدع ما حرم الله عليه على بصيرة ، وطريق ذلك العناية بالقرآن الكريم حفظاً وتدبراً وتفكيراً والإكثار من تلاوته لأنه صراط الله المستقيم وحبله المتين وذكره الحكيم ولأنه الهادي إلى كل خير كما قال سبحانه: ﴿إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ يَهْدِي لِلَّذِي هِيَ أَقْسَمُ﴾^(١) ﴿قُلْ هُوَ لِلَّذِينَ آمَنُوا هُدًى وَنُورٌ﴾^(٢) وقال جل وعلا: ﴿كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ مُبَارَكٌ لِيَدَّبَّرُوا آيَاتِهِ وَلِيَتَذَكَّرَ أُولُوا الْأَلْبَابِ﴾^(٣) .

وعلى الشباب أيضاً وغيرهم من المسلمين أن يعتنوا بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي أحاديثه وسيرته ، ويتفقهوا فيها ويحفظوها ما تيسر منها ويدعوا الناس إلى ذلك لأنها الوحي الثاني والأصل الثاني من أصول الشريعة بلإجماع أهل العلم كما قال تعالى: ﴿وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ﴾^(٤) ﴿مَا ضَلَّ صَاحِبُكُمْ وَمَا غَوَىٰ﴾^(٥) ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ﴾^(٦) ﴿إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^(٧) وقال سبحانه: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ قُلْ إِن تُولُوا هُمَا ضَالًّا فَضَالًا عَلَيْهِ مَا حُلَّ وَعَلَيْكُمْ مَا حُلُمْتُ ، وَإِنْ تَطِيعُوا هُمَا مُسْتَقِيمُونَ﴾^(٨) وقال عز وجل معظماً شأن الكتاب والسنة في آخر سورة الشورى: ﴿وَكُلِّلْكَ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ رُوحَنَا مَنْ أَمَرْنَا مَا كُنْتَ تَدْرِي مَا الْكِتَابُ وَلَا الْإِيمَانُ وَلَكِنْ جَعَلْنَاهُ نُورًا وَهَدًى يَهْدِي مِنَ نَشَاءِ مَنْ عَادَنَا وَإِنَّا

(١) سورة الإسراء الآية ٩ .

(٢) سورة فصلت الآية ١٤ .

(٣) سورة ص الآية ٢٩ .

(٤) سورة النجم الآية ١ .

(٥) سورة النجم الآية ٢ .

(٦) سورة النجم الآية ٣ .

(٧) سورة النجم الآية ٤ .

(٨) سورة الشورى الآية ٥١ .

• واجب الشباب •

لتهدي إلى صراط مستقيم ﴿١﴾ «صراط الله الذي له مافي السموات ومافي الأرض
إلا إلى الله تصير الأمور» ﴿٢﴾

فأعبر سبحانه في هذه الآية الكريمة أن القرآن والسنة روح تحصل به الحياة
للعباد ونور تحصل به الهداية لمن شاء الله منهم .

فجدير بأهل العلم من الشباب وغيرهم أن يعضوا على كتاب الله وسنة رسوله صلى
الله عليه وسلم بالتواجد وأن يتفهموا فيها وأن يبتلوا بها إلى صراط الله المستقيم الموصول
إليه وإلى دأب كرامته وأن يسبروا على ذلك في المدارس والجامعات وفي الحلقات العلمية
وغير ذلك من مجالس العلم مع سؤال علماء الحق عما أشكل عليهم في الأحكام كما قال
نعماني : «فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون» ﴿٣﴾ وعمل الشباب أن يعتنوا
بالكتب التي يوكل إليهم حفظها ودواستها مع عرضها على الكتاب والسنة حتى يكونوا في
ذلك على بينة وبصيرة مما يدل عليه كتاب ربهم عز وجل وسنة نبيهم عليه الصلاة
والسلام وبما يرفع لهم أهل العلم في المدرسة والجامعة وحلقات العلم ولا يتم هذا إلا
بالله سبحانه وتعالى والاستعانة به والرجوع إليه وسؤاله التوفيق والهداية ، ثم حفظ الوقت
والعناية به حتى لا يصرف إلا فيما ينفع ويغني بذلك العناية بالدروس والإقبال
عليها وسؤال الأساتذة عما يشكل فيها والمذاكرة مع الزملاء في ذلك حتى يكون الطالب
قد حفظ وقته واستعد لما يقوله الأستاذ ويشرح له ولا يجوز له أن يتكبر عن المذاكرة مع
زميله والسؤال لأستاذة كما لا ينبغي أن يستحي في طلب العلم والسؤال عن المشكلات
فقال الله تعالى في سورة الأحزاب : «وإنه لا يستحي من الحق» ﴿٤﴾ وقالت أم سليم
الأنصارية رضي الله عنها : يا رسول الله ؟ إن الله لا يستحي من الحق ، فهل على المرأة
من غسل إذا هي احتلمت . فقال النبي صلى الله عليه وسلم ؟ نعم إذا هي رأت الماء
ومتفق عليه والمراد بالماء الحي . وقال مجاهد بن جبر التابعي الجليل : ولا يتعلم العلم
مستح ولا مستكره رواه البخاري في صحيحه .

ومن الواجب على الشباب وغيرهم العمل بالعلم وذلك بأداء الواجبات والمخاطبة من
المحرمات لأن هذا هو المقصود من العلم ومن أسباب رسوخه وثباته في القلوب ومن
أسباب رضا الله عن العبد وتوفيقه له ومن المصائب العظيمة أن بعض الناس يتعلم

(١) سورة الشورى ٥٢ .

(٢) سورة الشورى الآية ٥٢ .

(٣) سورة النحل الآية ٤٣ .

(٤) سورة الأحزاب الآية ٥٢ .

ولكنه لا يعمل ولا شك أن ذلك مصيبة كبيرة وتشبه بأعداء الله اليهود وأمثالهم من علماء السوء الذين غضب الله عليهم بسبب عدم عملهم بعملهم، يقول بعض السلف رضي الله عنهم ومن عمل بما علم أورثه الله علم عالم يعلم، ويدل على هذا قوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا زَادَهُمْ هُدًى وَآتَاهُمْ تَقْوَاهُمْ﴾^(١) وقوله عز وجل: ﴿وَيَزِيدُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا هُدًى﴾^(٢) فمن أهدى زاده الله وزاده علماً وتوفيقاً، قال تعالى في أعظم سورة وهي سورة الفاتحة: ﴿أَهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ﴾^(٣) ﴿صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ﴾^(٤) وهم أهل العلم والعمل من الرسل وأتباعهم بإحسان - فلانعم عليهم هم الذين عرفوا الله وعملوا بطاعته وشرعه وتفقهوا في الدين واستقاموا عليه كما قال الله جل وعلا: ﴿وَمَنْ يَطْعِ اللَّهَ وَالرَّسُولَ فَأُولَئِكَ مَعَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ وَالصِّدِّيقِينَ وَالشُّهَدَاءِ وَالصَّالِحِينَ وَحَسُنَ أُولَئِكَ رَفِيقًا﴾^(٥) هؤلاء هم المنعم عليهم وهم أهل الصراط المستقيم وهم أهل العلم والعمل وأهل البصيرة ثم حذر سبحانه من المنغصب عليهم والضالين، فقال سبحانه: ﴿غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ﴾^(٦) فالمغضوب عليهم هم الذين يعلمون ولا يعملون كاليهود وأشباههم والضالين هم النصاري وأشباههم من الجهلة يتعمدون على الجهالة - قللوا من يال ربه أن يهديه صراط المنعم عليهم من أهل العلم والعمل وأن يجنيه طريق المنغصب عليهم وطريق الضالين.

فلواجب على الشباب بصفة خاصة وعلى كل مسلم بصفة عامة أن يعتني بهذا الأمر ويكون في دراسته حرصاً على العلم والفقه في الدين والعمل بذلك حافظاً لوقت معتبراً بالذاكرة والدعوى والسؤال عما أشكل عليه ناصحاً لله ولعباده، يقول صلى الله عليه وسلم: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»، ويقول صلى الله عليه وسلم: «من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهل الله له به طريقاً إلى الجنة».

ويقول صلى الله عليه وسلم: «مبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله، إمام عادل وشاب نشأ في عبادة الله ورجل قلبه معلق بالمساجد ورجلان تحابا في الله اجتمعا على ذلك وتفرقا عليه ورجل دعت امرأة ذات منصب وجمال فقال: إني أخاف الله ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شالها ما تلقى بيته ورجل ذكر الله خالياً ففاضت عيناه» متفق على صحته، فالشاب الناشئ في العبادة له شأن عظيم في فقهه وعلمه

(١) سورة محمد الآية ١٧.

(٢) سورة مريم الآية ٧٦.

(٣) سورة الفاتحة الآية ٦.

(٤) سورة الفاتحة الآية ٧.

(٥) سورة التوبة الآية ٦٩.

(٦) سورة الفاتحة الآية ٧.

• واجب الشباب •

وننصحه لكونه قد تربى على العلم والفضل والعمل والعبادة والخير فيكون بذلك نافعاً لنفسه نافعاً لعباد الله من أساس شبابه حتى يلقى ربه .

ومن أهم الأمور بل أهم الأمور بعد الشهادتين الصلوات الخمس والمحافظة عليها وهي عيد الدين (من حفظها حفظ دينه ومن ضيعها فهو لما سواها أضيع) ووصيكم لكم أيها الأخوة ولنفسى ولجميع الشباب ولكل مسلم تقوى الله في كل شيء والعناية بوجه خاص بالصلوة والمحافظة عليها في وقتها في الجماعة في المساجد مع المسلمين وهذا من أهم واجبات الشباب وواجب كل مسلم ومسلمة - فالصلوة هي عمود الإسلام (من حفظها حفظ دينه ومن ضيعها فهو لما سواها أضيع) كما تقدم، هي أول شيء يسأل عنه العبد يوم القيامة فإن صحت فقد أفلح وأنجح وإن فسدت فقد خاب وخسر يقول صلى الله عليه وسلم: (رأس الأمر الإسلام وعموده الصلوة - وذروة سنامه الجهاد في سبيل الله) ويقول صلى الله عليه وسلم (بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت) وهي الركن الثاني من أركان الإسلام، ويقول أيضاً عليه الصلاة والسلام: (العهد الذي بيننا وبينهم الصلوة فمن تركها فقد كفر) ويقول أيضاً صلى الله عليه وسلم (بين الرجل وبين التكفر والشرك ترك الصلوة). وهكذا تحب العناية بأداء الزكاة فمن عنده ما يبلغ النصاب. وهكذا تحب العناية بصوم رمضان في وقته والمحافظة على ذلك - وكذلك يجب حج بيت الله الحرام مع الاستطاعة مرة في العمر.

ومن الواجبات العظيمة بر الوالدين والإحسان إليهما وصلة الرحم وإكرام الضيف وصدق الحديث والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وأداء الأمانة والصبح لكل مسلم مع الحذر من جميع ما حرم الله مثل الزنا والسرقة وشرب المسكر وأكل الربوا وسائر ما حرم الله من الغيبة وشهادة الزور والكذب وغير هذا مما حرم الله - فالواجب على كل مسلم ومسلمة الحذر من ذلك.

ومن واجب الشباب بصفة خاصة أن ينشأوا على ذلك وأن يوطنوا أنفسهم على الخير وأن يجاهدوها في هذا المقام حتى يؤثروا ما أوجب الله وحق ويتعدوا ما حرم الله عليهم . ومن ذلك الحذر من المخدرات وسائر المنكرات فإن شرها عظيم وفسادها كبير . فيجب البعد عنها والحذر من جملة أهلها لأن المجالسة تميل إلى أخلاق الجليس . فالواجب صحة الاختيار والحذر من صحبة الأشرار . وهكذا العناية ببر الوالدين والإحسان إليهما وعدم عقوقهما فإن حقهما عظيم . ومن الأخلاق الكريمة العناية بالزميل والإخوان وعدم التكبر عليهم والعناية بالجار والإحسان إليه لأن الله سبحانه وتعالى أوصى بذلك، وهكذا رسوله صلى الله عليه وسلم فقال الله عز وجل: ﴿وَاهْبِدُوا لِلَّهِ وَلَا تَشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً﴾

وبالوالدين إحساناً وبهذي القربى واليتامى والمساكين والجفراء ذى القربى والجفراء الجنب^(١) الآية. وقال صلى الله عليه وسلم: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيروته» إلى غير ذلك من أخلاق المؤمنين. قال صلى الله عليه وسلم: «إذا بعثت لأعمى مكارم الأخلاق».

ومن الأخلاق الكريمة العظيمة العناية بطاعة الله ورسوله في جميع الأوقات والمحافظة على ذلك والحفاظ على الوقت وأن يؤمر بطاعة الله وترك ما نهى عنه والعناية بالأخلاق الكريمة من بر للوالدين وصلة الرحم وإيتاء للمسلم وعدم الغيبة والنميمة والحرقص على حفظ اللسان عما لا ينبغي والإكثار بذكر الله والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والدعوة إلى الخير والتحذير من الشر. وهكذا المؤمن وهكذا الشاب المتعلم يجب أن يعيود نفسه هذه الأخلاق الكريمة ويجب أن يعرّيه العبد عما حرم الله والحذر عما حرم الله، فإن العبد متى نشأ على شيء في الغالب يتشبه عليه ويموت عليه. في سنة الله على عباده أنه سبحانه إذا وفق العبد في شياؤه على الخير والإستقامة فإن الله سبحانه يوفقه للثبات عليه والوفاء عليه. فليحرص المؤمن والشاب الصالح على الثبات على الحق والسبر عليه ومصاحبة الأخيار الذين يعينونه على الخير والحذر من صحبة الأشرار والزملاء الذين يعينونه على الشر.

وسأل الله بأسأله الحسن وصفاته العلاء أن يوفقنا جميعاً للعلم النافع والعمل الصالح وأن يسلك بنا جميعاً صراطه المستقيم وأن يعيدنا وسائر المسلمين من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا وأن يمنحنا جميعاً الفقه في دينه والثبات عليه والدعوة إليه على بصيرة إنه جل وعلا جواد كريم كما أسأله سبحانه أن يوفق ولاية أمرنا على كل خير وأن ينصرهم دينه ويعلي بهم كلمته وأن يصر لهم البطانة الصالحة وأن يجعلهم هداة مهتدين كما أسأله سبحانه أن يوفق جميع ولاية أمر المسلمين وأن يعينهم على تنفيذ الحق والحكم به والحل من مخالفته وأن يصلح الله لهم البطانة وأن يوفقهم لتحكيم شريعة الله في عبادته وأن يصلح أحوال المسلمين في كل مكان وأن يولي عليهم خيارهم وأن يقوهم في الدين وأن يكثر بينهم دعاة الهدى إته وفي ذلك والقادر عليه وصلى الله وسلم على عبده ورسوله نبينا محمد وعلى آله وأصحابه وأتباعه بإحسان إلى يوم الدين.

(١) سورة النساء الآية ٣٦.

نظريّة العرف كمصدر للأحكام

للدكتور / عبدالرحمن بن عبدالعزيز القاسم*

المبحث الأول - العرف من حيث العموم

نحمد الله وتشكره الذي وفقنا للبداية ونسأله تعالى ان يساعدنا للمنهاية.

ما هو العرف؟

سناقش هنا تحت هذا الموضوع :

١ - تعريف العرف .

٢ - اهميته .

٣ - أركانه .

٤ - شروطه .

١ - تعريف العرف :

العرف مجموعة من الأحكام التي تأسست بالممارسة العملية في المجتمع وفقاً لتوافر أركان وشروط معينة - كما سنرى فيما بعد - هذه الأحكام ترتبط بالنظام أي كان نوعه وتؤدي نفس الوظيفة بحسب الخقل الذي تنظمه ولذلك نجد أنواعاً من العرف مماثلة لأنواع النظام بقروعه المختلفة : عرف دولي و عرف جنائي و عرف تجاري مدني و عرف إداري و عرف عيالي و عرف عائلي وهذه الأنواع المتعددة المختلفة لم تفرضها سلطة رسمية ولكنها فرضت نفسها بالممارسة العملية كما سنرى تفصيلاً فيما بعد والوظيفة الرئيسية أو الهدف الأساسي لهذه الأحكام هي نفس

* استاذ مساعد في جامعة الملك سعود (سابقاً) له مؤلفات وبحوث عدة ويحمل حالياً هاتفاً ومستشاراً شرعياً وقانونياً ونفسانياً.

وظيفة النظام وهدفه وهي تنظيم العدالة وهذا نجد الأفراد حتى في العصور القديمة يدركون ويستنبطون سبل ووسائل سلامة الحياة الإنسانية والملكية ومنظمون العلاقات الوطنية كعلاقة الزوج بالزوجة والأب بالأطفال والسيد بالمسود وهكذا^(١)، ولكن هذه الأحكام العرفية ليست على شكل واحد في كل مكان وزمان ولكنها تختلف قوة وضعفاً وتأثيراً ولكنها جميعاً تعبيراً لنفس الحاجة التي تتطلب الحياة كطريقة حياة اقتصادية واجتماعية والعرف على أية حال له نفس المدلول النظامي فما يسمح لنا بالقول بأن النظام عرف والعرف نظام في أغلب الأحوال لتمشيه مع اليقة أي المعقولة. ويمكن للمحاكم في الوقت الحاضر أن تطبق العرف خصوصاً في حالة عدم وجود نظام قانوني يفرض الرامية النظام وذلك بهدف استقرار المجتمع. ولأن العرف نوع من النظام^(٢) كما ذكرت لو هي بمعنى آخر قواعد سلوك تحكم بواسطة المحكمة، فما يجعلنا نقول أن قواعد العرف ليست أقل من النظام^(٣) وبالاختصار فالنتيجة لما قدمنا يمكننا القول بأن العرف يمثل أمورا منها:

أولاً: قد يعبر عن فكرة شرعية فلسفة النظام التي تؤيد المبادئ القانونية.

ثانياً: كما قد يعبر عن عموم المبادئ المقبولة كقواعد عدالة أو قواعد النظام الطبيعي أو النظام العام وما شابهها^(٤).

٢ - أهمية العرف:

كان ولا يزال وسيظل للعرف أهميته المقصود كمصدر لجميع أنواع النظام في كلا الحقلين: 'الدولي والوطني - الخارجي والداخلي - بالإضافة إلى ذلك فهو الأساس الرئيسي لجميع الأنظمة كالدين والأخلاق مما يعني أنه ليس فقط مصدراً للنظام الإسلامي بل لجميع القواعد النظامية التي تحكم المجتمع والتي سبق إيفادها والتي تحكم جميع أنشطة وتصرفات حكوماته ومنظلاته في الداخل والخارج بما في ذلك الأنشطة الفردية والشخصية. فالعرف إذا هو المصدر الذي من طريقة يشمو النظام ويتطور ليمتشي مع التغيرات الحضارية للمجتمعات في عصورنا الحديثة مما يعني

(١) Lord Macmillan, The RT Hon. Law and Custom 1949P, 11

(٢) Cohen, Barton, M. Centon, Law and Morality 1949P 47

(٣) Howell, P.P. A Manual of Negt Law 1954 P. 225.

(٤) Wilton (Sobren, N. and others, Origins of Natural Law U.S.A. 1954 P.23

أيضاً أن العرف هو الذي يأتي في القمة كصانع حديث للنظام^(١)، ولعل أبرز أهمية للعرف هي استمراريته بطريقتين الأولى استمرارية المحاكم في تطبيقه في حالات كثيرة خصوصاً عندما لم تجد قاعدة أو حكماً آخر يمكنها تأسيس قرارها عليه ويسمى العرف في هذه الحالة بالمصدر المساعد أو الاحتياطي للفضاء ويمكن للعرف أيضاً أن يساعد المحاكم في اتخاذ قرارها وذلك بالاستعانة بالعرف في تفسير النصوص الموجودة. والثانية: أن العرف يمكن أن يساعد واضع النظام عندما يريد وضع نظام جديد. وفي هذه الحالة يقال أن العرف مصدر مساعد للنظام ولكن ومع كل هذه الأمور يبقى العرف المصدر الأول والأهم للنظام - كما ذكرنا من قبل - لأن جميع النظم قد بنيت عليه منذ أقدم العصور وحتى وقتنا الحاضر. وبالرغم من هذه الأهمية القصوى للعرف فإنه فقط في الأزمنة المتأخرة أخذ الكتاب في مجال النظم الدولي يركزون على تحليلاتهم للعرف العام^(٢)

٣ - عناصر العرف أو أركانه :

العادة لكي تتحول إلى عرف ملزم أو عبارة أخرى لتتحول من مجرد عادة إلى قاعدة ملزمة كالنظام يجب أن تتوفر لها عنصران أساسيان بالإضافة إلى بعض الشروط، وسنناقش هنا العنصرين تاركاً الشروط للبند الآتي بعد ذلك.

(أ) العنصر المادي أو الركن المادي :

وعنصر العرف المادي يعني الاستعمال أو الممارسة العملية وهو التكرار. وهذا العنصر سهل التمييز لأنه قابل للملك وهو يعتمد على الاستمرارية مدة طويلة من الزمن ولكن الزمن اللازم لتشكيل العرف يختلف باختلاف طبيعة كل حالة^(٣) لذلك لا يوجد معيار يحدد الزمن اللازم لخلق العرف بالممارسة العملية والتكرار حتى يكون بمثابة نظام. ولهذا السبب كان هذا العنصر أكثر أهمية من العنصر الآخر.

أن الركن المادي للعرف يعتمد على الاستعمال وهذا يعني أكثر من معنى: فقد يعني معنى عقائدياً عندما يدل على حدث مختار للتفصيل برغبة وحرية.

(1) Thirney H.W.A. International Customary Law (1972) P. 35.

(2) D'Amato, Anthony A. The concept of Custom in International Law P. 47 (2) Ibid P 53.

(3) Ibid P 58.

كما قد يعني أيضاً المعاني اليومية عندما يدل على تكرار مثل ذلك الحدث أو بمعنى أوضح عندما يدل على تكرار متماثل لحدث مماثل بحرية واحترام تماثل. وأخيراً قد يدل على مجرد عادة أو استعمال معتاد لأحداث معينة وكنيجة لاستعمال ثابت أو مستمر لمثل تلك الأحداث. ان مثل هذا الاستعمال يعتبر كأساس للاعتقاد بوجود العرف أو القاعدة النظامية أو كدليل اثبات على الزامية تلك القاعدة العرفية وعمل الأخص حينها يكون الحدث مستعملاً بعد التشكك في الزامته.

(ب) الركن المعنوي:

الركن المعنوي هو الركن الثاني للعرف. وهو يعني فكرة عقلية معنوية غير محسوسة أو غير مادية، ووجوده ضروري للمحكم ما إذا كان هناك عرف ملزم أم لا. إذا لا يبرجد عرف بغير أن يكون ملزماً ولا الزام للعرف بدون تحقق هذا الركن مع السابق. وهذا العنصر المعنوي يعني الرضا والقبول بالعرف كحكم ملزم معنوياً ودليله قبول الممارسة العملية للعرف مع توافر الشروط الأخرى التي سوف نشرحها فيما بعد. فلكي نحكم بوجود عرف أو عدمه يلزم أولاً التأكد من توافر الأركان والشروط في ذلك الحدث. أو الفعل أو الواقعة. محل البحث ومعها القبول والرضا العلم بذلك الفعل أو الحدث كحكم نظامي ملزم - عرف. - ومن ناحية أخرى فالعرف «حق» تلك التي ثبتت بالتطبيق القضائي لا تعد ملزمة كنظام ما لم يتوفر لها ذلك القبول والرضا العام»⁽¹⁾

ان علم الالتزام بالعرف - متوفر الشروط والأركان - سوف يعني القصور عن اداء واجب نظامي. ورغم ذلك فإن هذا الركن ليس واضحاً كالركن المادي فمن الصعوبة التحقق منه حيث لا يوجد معيار دقيق يمكن الاعتماد عليه في ذلك، ولهذا فإن بعض الكتاب قد أسس العرف على ركنه المادي فقط معللين ذلك بأن الركن المعنوي ليس عملياً وأنه من المستحيل تقريباً معرفته كما أنه غير منطقي بل ومتعارض مع المنطق⁽²⁾ وبالتالي يكون مستحيل المعرفة أحياناً وفي حالات معينة. ومهما يكن فإنه يمكن التحقق من هذا الركن بشيء من الانتباه ومتابعة الأحداث والنتائج في المجتمع «ففي انكلترا مثلاً يجري العمل على اثبات العرف في قرار المحكمة التي طبقته

(1) Lord Macmillan, The RTI How. Law and Custom 1949P, 101.

(2) D'Amato, Anthony A. The concept of Custom in International Law U.S.A, P.52.

وفي اسكتلندا من جهة أخرى وعلى الأقل في الأزمنة القديمة يجري تبرير العرف عن طريق بحث القضية في المبادئ العامة أكثر من اعتمادهم على السوابق^(١)، «وفي إنجلترا يحدد القضية العرف حسب كل حالة عن طريق التجارب العملية في التطبيق ونبهاً لدراسة نظرية السوابق التي يجب أن تتبع ما لم تكن متنافية للفعل أو غير عادلة»^(٢).

وقبل أن انتهى من هذه الدراسة أحب أن أضيف أن «قرانسوا وجيني سنة ١٨٩٩ من أول الكتاب الذين قدموا هذين العنصرين للعرف والاستعمال (الممارسة العملية) والركن المعنوي»^(٣).

وفي النهاية يجب أن لا ننسى أن نذكر بأن هذا العنصر خاص بالعرف الملزم. بمعنى أن الاستعمال لا يشترط له هذا الركن إذ سيظل مجرد عادة أو عبارة أخرى يبقى عادة غير ملزمة.

شروط العرف :

في البداية أود أن أميز بين الركن والشرط. فالأول يعتبر أساساً ضرورياً ولا يوجد عرف بدونهُ فالعرف يتوقف على وجوده. بينما الثاني مطلوب ولكن ليس ركناً أساسياً، مما يعني أنه يمكن وجود عرف لا يعتمد على وجود الشرط كما هي الحالة في الركن فلا نستطيع الاعتماد على العرف مع تخلف شرط أو أكثر أي أن وجود العرف لا يعتمد على وجود الشرط كما هي الحالة في الركن فلا نستطيع الاعتماد على العرف بدون ركن بينما يمكن أن نعتد على العرف رغم تخلف شرط ولكن مثل هذا العرف يظل ناقصاً أو غير كامل.

وهناك شروط كثيرة ولكن سأحاول أن أخصها كما يلي :^(٤)

- ١ - العرف يجب أن يكن متماشياً مع النظام فلا يتعارض معه فلا يجوز لعرف أن يخالف نصاً شرعياً.
- ٢ - يجب أن يكون معقولاً متماشياً مع السبب أي قابلاً للتحليل.
- ٣ - يجب أن يكون مستمراً.
- ٤ - يجب أن يكون مؤكداً وليس احتمالياً غير مشكوك فيه.
- ٥ - يجب أن يكون مبنياً على الحاجة أو الضرورة المادية أو المعنوية.

(١) Lord Macmillan, The B.T. Hon. Law and Custom 1949 P. 26.

(٢) D'Amato, Anthony A. The concept of Custom in International Law P. 241.

(٣) Ibid P. 49.

(٤) Ibid P. 242.

- ٦ - يجب أن يكون مقبولاً باعتباره أمراً صحيحاً.
- ٧ - يجب أن يتسجم ويتفق مع غيره من الأحكام العرفية.
- ٨ - يجب أن يكون معلوماً ومعروفاً بالنسبة لمن سيطبق عليه فلا يجوز أن يضار أحد بعرف لا يعرفه. وجميع هذه الشروط تتعلق بالركن المادي الصلي ولا تتعلق بالمعنوي ويجب أن تتوفر هذه الشروط في العرف قبل أن يكون عرفاً ملزماً.

كيف ينشأ العرف ويتطور:

مناقش تحت هذا العنوان مسألتين الأولى تاريخية والثانية إسلامية:

١ - العرف من الناحية التاريخية:

حتى القرن التاسع عشر لم يكلف الكتاب أنفسهم بحث العرف ولكن منه بدأت الكتابات تظهر. وأهمية تلك الكتابات كانت في التأكيد على الظاهر الخارجي للعرف (الركن المادي للعرف) الذي كان مجهولاً. كذلك في روما فإن الكتاب الكلاسيكيين (القديسين) كانوا حريصين عند كتاباتهم وحذرين عند تقسيم القوانين أو محاولة إحلال أحكام محل أخرى في مناقشاتهم وكتبهم لذلك كانوا يستعملون عند مناقشة العرف تعبيرات كان يكتبونها الغموض وكتبهم أخرى لهذا الأسلوب من الكتابة في العهد الروماني ظهر تحريفهم وشعورهم بخطورة التأكيد على العرف كأساس للنظام^(١).

وفي إنجلترا كان هناك عرف عام يتضمن قواعد عامة لجميع أنحاء البلاد والذي يشكل نظامها العام وهكذا يبدو الفرق بين الشكليات في كل من روما وإنجلترا خصوصاً ذلك العرف الذي يمثل الجزء الرئيسي من التأثير على سكان أحياء معينة. وعلى العموم فإن العرف يبدأ بحدث عادي كتصرف شخص ثم يتكرر هذا الحدث أو التصرف يوماً بعد يوم وهكذا لمدة طويلة من الزمن وهكذا يظل مستعملاً فترات قد لا يدركها أو يحصرها شخص مدى حياته دون معارضة؛ وهكذا تتحول العادة بعد زمن طويل إلى عرف ملزم حينها تقابل بالرضا والقبول كأم ملزم وصحيح شرعاً. وهكذا كنتيجة للممارسة العملية الماثلة لحدث آخر يتطور هذا الحدث ويتحول إلى عادة بالتالي بعد زمن طويل إلى عرف حينها تتوفر لها الأركان خاصة القبول والرضا وقد يكون هذا الحدث خفياً أو دينياً يتحول إلى قاعدة ملزمة فيها بعد وهكذا يكون العرف مصدراً لأمجاد القواعد الشرعية التي تنشئ حقوقاً والتزامات متبادلة عن طريق التكرار للأحداث التي تتضمن

(1) D'Amato Anthony A. The Concept of custom in International Law P. 237

تلك الحقوق والالتزامات^(١) ولكن يجب أن تنبه إلى أن تلك العناصر والشروط التي سبق تفصيلها يجب توافرها ، لأن العادة مع تلك الشروط والأركان تتحول إلى عرف ملزم يأخذ أشكالاً متنوعة من الأحكام بتنوع وتشكل النظام أو الانظمة الأخرى التي تحكم المجتمع وهكذا تتحول هذه الاعراف والصادات من جيل إلى جيل كما حدث منذ أقدم العصور وحتى عصرنا الحاضر .

أنواع العرف مع بعض الأمثلة :

(أ) أنواع العرف :

١ - العرف القولي : أو الكلامي أو اللغوي :

هذا النوع - أو الأسلوب - من العرف يعني جملة من الكلام ترتب أثراً نظامياً أو يدل على معنى نظامي يمكن أن يكون أساساً لقرار قضائي شريطة أن يكون متوفر الأركان والشروط السابقة . فمثلاً لفظ الطلاق للكون من كلمتين تقريباً يرتب انفراق بين الزوجين مع توفر بعض الشروط . والشهادة أمام القضاء قد تكون أساساً لحكم القضاء بالبراءة أو الإدانة وكالتقول في النظام الإسلامي أن الأصل في الأشياء الإباحة . كالعرف الذي يمنع الكذب والنزور وإنكار الحقيقة . وكاليمين أو الحلف بمجرى كلمات ترتب أثراً نظامياً وكذلك الاعتراف أو الإنكار كل ذلك أمثلة لعرف القولي . كالعرف في كثير من الجهات وكجنوب الولايات المتحدة حيث يجري التحدث بلهجات محلية .^(٢)

٢ - العرف العملي :

وهذا النوع من العرف هو الفعلي والأنواع الأخرى من حيث وجوب تضمنت للمتعرفين والشروط المختلفة معها كان وإينما كان وفي أي وقت . وهذا النوع هو أكثر الأنواع وجوداً منذ القدم وحتى اليوم وفيها يلي لذكر بعض الأمثلة لهذا النوع من العرف .

(أ) العرف يلزم التسجيل للزواج حتى قرر ذلك في نصوص وضعية وهو يسجل وفق إجراءات وشروط تختلف من مكان وزمان لآخر .

(١) Laker, Burton, M. Custom, Law, and Morality N. Y. 1969 P. 64

(٢) Laker, Burton, M. Custom, Law, and Morality N. Y. 1969 P. 11

(ب) يقضي العرف مثلاً في منغوليا منذ القدم وفي عهد جنكيزخان وما بعده بأن لعابر الطريق إذا مر على قوم يأكلون أن يجلس معهم ويأكل ولو يكون دعوة ولا يجوز لأحد منهم منعه^(١)

(ج) وفقاً للعرف فيما يتعلق بالزواج دفع مهر معين في جميع أنحاء الدنيا تقريباً وهو مبلغ من النقود أو مال قيم من أي نوع من أنواع المال كالمخيشة مثلاً في منغوليا ولدى بعض القبائل الأخرى وهو يقدم من الزوج للزوجة.

(د) وفقاً للعرف في كل مكان تقريباً لا بد من إقامة وليمة للزواج في منزل الزوجة أو الزوج أو في أي مكان وعلى نفقة أحد الطرفين تبعاً لاختلاف العرف زماناً ومكاناً والغالب هو تحمل الزوج مثل ذلك.

٣ - العرف العام:

ولعل أول شيء نوضحه هنا هو التمييز بين العام والخاص للاختلاف بينهما مما جعل بعض الباحثين يقع في خلط بينهما نتيجة للغموض الذي يكتنف التفرقة بينهما في معظم الحالات ومن جهة أخرى يجادل بعضهم وضع معايير للتفرقة بينهما ونتيجة لذلك يبنوا بعض الفوارق بينهما وعلى العموم فإن الوقوع في خلط الخلط بينهما لا زال محتملاً^(٢). ففي إنجلترا مثلاً هناك بعض الضوابط العرفية لمعرفة بكونه البكر. كذلك قواعد عرفية لكتابة وتفسير الوصايا، والزامية العرف العام بالنسبة للمواطنين محصورة في مواطني كل مجتمع فعرف مجتمع لا يمتد لمجتمع آخر. ومن التكرار في القول بوجوب توفر الركبتين الأساسيتين مع الشروط الأخرى في هذا النوع من العرف فضلاً عن الرضا العام به من عموم المواطنين حيث يمثل في الواقع السلوك العام للمجتمع مما يسبب وجود عرف عام لكل جماعة كما قدمنا الأمثلة في إنجلترا. وقضاً عن ذلك فالعرف العام لدى قبيلة النور - بفتح الواو^(٣) - رغم قيام المحاكم لديهم حديثاً إلا أن الاجتماعات بين القادة والزعماء القبليين ظلت مستمرة بصفة غير منتظمة ليقرروا خلالها ما يروته في تنظيم حياتهم المحلية حيث تعتمد لديهم المنظمات السياسية التي يمكن أن تفرض قراها. فيتخذون قرارات بما فيها العقاب الشديد أحياناً لتأكيد الخضوع لهذه القرارات لأن مسؤولية الأمن كانت

(1) Bissanovsky V.A. Customary Law of the Mongol Tribes, 1929 P. 58.

(2) D'Amato, Anthony A. The concept of Custom in International Law P. 245.

٣ - النور قبيلة توجد جنوب وادي النيل في السودان المصري الإنجليزي وقت الاستعمار.

المهدف الرئيسي الأول للهيئات الإدارية منذ أوائل نشأتها⁽¹⁾. وهذا التنوع من العرف يوجد في جميع البلاد هل نطاق داخلي كما يوجد بجانبه عرف عام في المجال الدولي كما سنرى فيما بعد .

٤ - العرف الخاص :

يأخذ هذا النوع من العرف أشكالاً متعددة أكثر من غيره تبعاً للظروف، لذلك نجد عرفاً خاصاً محلياً غير متبادل لعرف محلي آخر لأن كل عرف خاص محلي ينص مواطني ذلك المحل ويتطلب توافر شروط خاصة بالعرف المحلي فضلاً عن الأركان والشروط العامة - السابقة - للعرف بصفة عامة . كما أن هذا العرف المحلي أو الخاص ينظم عادة العلاقة بين أفراد مجموعات محددين ولذلك تعدد أنواعه فمثلاً يوجد عرف إداري وآخر دولي وثالث تجاري وهكذا كما سنرى بعد قليل . وشروط العرف الخاص هي :

- ١ - يجب أن يكون مبرراً تبريراً مناسباً وملائماً لنوعه .
 - ٢ - وأن يكون مقبولاً عند التطبيق في المحكمة - في الولايات المتحدة - لا من القاضي فقط بل ومن المحلفين .
 - ٣ - يجب أن يكون مستملاً لمدة طويلة لا تحيط بدايتها ذاكرة إنسان من الموجودين .
 - ٤ - يجب لكي يعتبر عرفاً خاصاً ألا يكون مفروضاً من قبل أحد بل يكون متروكاً لحرية اختيار الأفراد .
 - ٥ - ويجب ألا يكون الحق المطالب به بناء على العرف الخاص مبنياً على أساس مؤقت^(٢) .
- هذه الشروط يجب أن تتوافر بجانب الأركان والشروط العامة في كل نوع من العرف الخاص المذكورة أعلاه .

(1) Hamill P.P. New La. N.Y. 1954 P2

(2) D'Amato, Anthony A. The concept of Custom in International Law P. 43/249

(ب) أمثلة لأنواع العرف:

١ - العرف في النظام الدولي:

مثل غيره من الأنواع يبدأ بمجرد تصرف عادي من دولة ثم يتكرر استعماله مرة أخرى ثم تباشره دولة - أو دول أخرى - وتكرره مدة طويلة من الزمن في العلاقات المتبادلة بينها في مجال العلاقات الدولية أو في المناسبات والندوات والمؤتمرات حتى يكون بمثابة سابقة نظامية لها قوة الإلزام بشواغل الأركان والشروط السابق شرحها ويصبح مقبولا وغير مشكوك في ثباته وهكذا تتحول العادة إلى عرف في المجال الدولي بالطريقة ذاتها التي تتم بالنسبة للعرف بأنواعه المختلفة كما قدمنا ويصبح العرف الدولي على هذا النحو ملزماً لا للدول المعنية فقط بل لجميع دول العالم^(١) ما لم يكن عرف خاصاً بمنطقة أقليمية معينة وفي هذه الحالة يجب توافر شروط العرف الخاص السابق شرحها.

فعل سبيل المثال: باتساع مجالات السياحة وسلاح الدول جميعاً للجانب بالذخول بصفة عامة إلا أن الدول لملك حق وفض من لا ترضى دخوله منهم ولا يمكن الادعاء بوجود عرف ملزم في هذه المسألة^(٢) كذلك ونحن في عصر اكتشاف الكواكب حيث لم يستقر الوضع فلا يمكن أن تدعي دولة أي حق على كوكب اكتشف معاملة لأن مثل هذا لم يمر عليه عرف لعدم التمكن من الاستغلال والسيطرة والممارسة العملية لمدة طويلة ولم يحدث شيء من ذلك بعد ولأن مجرد الاكتشاف لا يعطي حقاً نظامياً وإن كان مثل هذه المسائل ستكون محل مناقشات دولية ونحسب أن نذكر أن ذلك يتطلب توافر الأركان والشروط العامة السابق شرحها. ويضاف إليها شروط خاصة بالعرف الدولي منها:

- ١ - يجب أن يكون العرف الدولي مباشراً من قبل عدد من الدول في نطاق العلاقات الدولية^(٣).
- ٢ - يجب أن يكون متكرراً ومستمرّاً مدة طويلة تكفي للاقتناع والرضا بذلك التصرف.
- ٣ - يجب أن يكون مقبولاً من قبل أعضاء الجماعة الدولية الأخرى فلا يعارضونه.
- ٤ - يجب أن يكون عاماً وشاملاً للجماعة الدولية فلا يكون خاصاً بإقليم أو منطقة بهذه الشروط الخاصة وتلك العامة مع الركنين يكون العرف الدولي ملزماً

(1) Around this point see Ibid PP 175.

(2), (3) (1) Amato Anthony A. The concept of custom in international law P. 7 et 77.

• نظرية العرف كمصدر للأحكام •

جميع الدول^(١)، وبدونها لا يتحقق العرف الدولي فعلياً بعض الدول الغنية كالولايات المتحدة والمملكة العربية السعودية تجمع مساعدات مالية دون أن يعتبر ذلك عرفاً ملزماً فلا تستطيع دول المطالبة به وتدعيه حقاً لها. كذلك باتساع السياحة وسلاح الدول للأجانب بدخول اقليتها فإن ذلك لا يكون عرفاً وللدول منع من لا تريد دخوله.

وللنظام الدولي مصدران أساسيان للمعاهدات والعرف الدولي فضلاً عن المبادئ العامة للقانون وبعض المصادر الأخرى التي نصت عليها المادة ٣٨ فقره ثانية من نظام محكمة العدل الدولية^(٢) حيث قررت وأن محكمة العدل الدولية التي تكون مهمتها هي الفصل وفقاً لنظام الدولي في المنازعات المحالة إليها تطبق:

(أ) الاتفاقات الدولية عامة كانت أو خاصة المنتظمة لقواعد متفق عليها من الدول الأطراف.

(ب) العرف الدولي الثابت بالممارسة العملية والمقبول كنظام^(٣) ويجب أن تلاحظ أن العرف الدولي يجب أن يكون متشعباً مع نصوص النظام الدولي دون أن يعارضه لأن أي عرف يتعارض مع نصوص النظام ليس جديراً بالتطبيق أو القبول إلا في حالات نادرة خاصة كما سنوضح في نهاية هذا البحث. كما أن نصوص المعاهدات أقوى من العرف الدولي وأكثر إلزاماً منها كما أن النظام الطبيعي أكثر عمومية من العرف وأجدر بالتطبيق ولهذا السبب يجب أن لا يكون هناك تعارض بينهما لأن العرف المعارض للنظام الطبيعي يكون فساداً أكثر منه صلاحاً.

والعرف الدولي يتنوع كغيره فهو قسري: هام وخاص. وللعلم يطبق على جميع الدول بينما يطبق الخاص على دول منطقة أقليمية معينة وغالباً يكون عددها صغيراً. فعلياً مبدأ حرية أعالي البحار وقواعد القضاء والحرب، والمصناعات الدبلوماسية وهكذا كلها قواعد عرف عام دولي تتضمن أحكاماً تسري على جميع الدول. وعلى العكس العرف الخاص الدولي يسري فقط على دول المنطقة التي تنشأ لها لأنه غالباً يتعلق بها^(٤) ومعظم علاقات النظام الدولي اليوم لا زالت محكومة بالعرف الدولي العام، وتستغل مستمرة في انحدار واسعة من العالم حيث يمثل العرف القواعد الأعلى منزلة. لذلك فمن

(1) Ibid P7, and Lester K. Brown, M. Customs, Law et Morality, N. 1969 P.55

(2) Ibid P4 and Thibaut H. W.A International Customary Law 1972 P. 35.

(3) Ibid P. 108.

(4) D'Amato Anthony, A. The concept of custom in International Law P. 215.

الواضح أن العرف الدولي سيظل يلعب دوراً هاماً ليس فقط بين الدول المتعاقدة بل في مجال جميع الدول حتى تلك التي لم ترتبط بالاتفاقات مادامت قد قبلت أو وافقت عليها^(١) ويمكن أن توجد كثير من الأمثلة للاتفاقيات أو المؤتمرات التي قررت الأخذ بالعرف الدولي فضلاً عن مؤتمر هاجيج Hague عام ١٩٣٠م قرروا أن الدول - الأعضاء - سوف تلاحظ العرف الثابت المتفق مع النظام الدولي مع الأخذ بعين الاعتبار الجنسية. وهناك أمثلة أخرى لذلك في اتفاقيات جنيف بالنسبة للعلاقات الدبلوماسية الموقعة في ١٨ أبريل ١٩٦١ وعخصوصاً المادة ١٦ التي تنظم الأولوية لرؤساء البعثات والوفود في الفصل الثالث فقررت عدم الاختلاف بأي عرف دولي مقبول يقدم مثلوا المقر المقدس^(٢).

والعرف الدولي يتطعن أيضاً نوعين آخرين الأول قولي أو لغوي على نحو ما سبق أن رأينا، كالاتفاق بالقبول أو قبولها فهو قولي يرتب كراً نظرياً متى صدر من دولة قائمة لدولة ناشئة. والثاني عملي وهو أيضاً على نحو ما سبق أن رأينا كالمراسم التي تتم لاستقبال رؤساء الدول عند زيارتهم لدول أخرى منها إطلاق إحدى وعشرين طلقة مدفع وهكذا.

٢ - العرف العائلي - أو عرف الأسرة :

وهو العرف الذي ينشأ في نطق الأحكام الأسرية والعائلية، ولعله من أوسع الأنواع انتشاراً في العالم ومن أهمها. وهو يختلف من إقليم لآخر بل وفي الأقاليم الواحد يختلف من منطقة لأخرى ومن جيل لآخر بالإضافة إلى اختلافه من زمن لزمان آخر ومن أمثلته :

١ - تلك الاجراءات العرفية التي تتخذ لانقضاء الزواج والتي تختلف باختلاف البلاد والأوقات .

٢ - المهر الذي يدفع للزوجة من الزوج والوليمة التي يجب أن تقام للزواج تلك من مقتضيات العرف في كل مكان وزمان ولكنها تختلف في تفاصيلها .

٣ - الطلاق وما يجري العرف عليه من حيث لفظه وأثاره ومن يملكه وشروطه وهكذا وهناك من يمنحه مطلقاً وآخرون يسمحون به مطلقاً وفريق ثالث يقيده بحالات وشروط معينة . كل ذلك تبع العرف أو أحكام الدين المنزلة أو العرفية .

(١) Whistway (I.W.A. International Customary Law 1972 P. 118.

(٢) Ibid P. 96.

٤ - تعدد الزوجات فقد يكون مهنواً مطلقاً أو مسموحاً مطلقاً أو مسموحاً ولكنه مقيد كل ذلك وفق اعرف المجتمعات المختلفة . فلي قبال المنقول مثلاً يسمح به بشرط وفي حالات معينة ومع ذلك فهو يختلف من قبيلة لأخرى ومن زمن لأخر لدى المنقول انفسهم^(١) . وتبعاً للعرف أيضاً في الصين ولدى الهندوس وتايلاند يسمح وبدون تحديد^(٢) .

٥ - ووفقاً للعرف لدى قبائل النور - بفتح الواو - يسمح بأنواع غريبة من زواج المرأة بعد وفاة زوجها بابين الزوج - من غيرها - أو احد اقاربه وهو نوع يطلق عليه بعض الكتاب « Ghost - Marriage » ويمكن أن نسميه زواج الوراثه أو الزواج باسم - أو بروح - الميت ونظلم المرأة نتجب أولاداً يعتبرون أولاداً للمتوفي - الزوج الأول الشرعي - وليس لثاني وقرب من هذا النوع العنين - من لا يتجب له أو كبير السن فيدعى غير الزوج للنجاع حتى تنجب المرأة أولاداً باسم زوجها الشرعي وهكذا^(٣) .

٦ - إعادة المهر :

ويقضى العرف لدى بعض الجهات أو الاقاليم يمكن استعادة المهر الممنوح للزوجة في حالات وبشروط معينة منها حالة وفات الزوجة قبل الدخول أو جزء منه أو الدخول عن الدخول بسبب راجع للزوجة كما في النظام الإسلامي .

٧ - الوصايا :

ويختلف العرف بشأن الوصايا التي يمكن للمفرد ان يوصي بها في حياته لتنفذ بعد وفاته وهي ما يسمى بالتصرفات المأجلة لما بعد الوفاة في شكلها ومضمونها وشروطها فهناك عرف يطلق حرية الوصية وهناك ما يمنعها وهناك ما يفيدها وفي المملكة العربية السعودية وفق الإسلام يسمح له بالوصية في حدود ثلث ماله .

٨ - العرف الجنائي :

أعتقد أن النظام الجنائي سواء منه الوصفي المكتوب أو غير المكتوب - والذي يعني المرفق الجنائي - أو قواعد واحكام الدين الجنائية كالتي يتضمنها التشريع الاسلامي ، أو أية تضاليد عضائية ، أعتقد أن هذا النظام هو أهم نظام في حياة

(1) Rasanovsky V.A Customary Law of Mongol Tribes 1929 P. 198.

(2) Family Law and customary law by Buzonov PP 40.

(3) Howell P.P. A Manual of Near Law 29, 37, 38 (4) 1915 P. 138.

المجتمع - أي مجتمع كان - فهو أهم من أي نظام آخر لأن مثل هذا النظام يحمي الحقوق الأساسية للمجتمع : فهو يحمي الحق في الحياة بما يتضمن حماية أبدان الأفراد من القتل أو الجرح كما يحمي الحرية المعروفة بكل صورها وأشكالها ويحمي أخيراً الملكية الفردية .

فعمد العصور الأولى كانت مختلف القبائل أينما كانت تنظم وتحكم نفسها بتنظيم عقابي عرقي حينما كان قادتها وزعمائها الدينيون ورؤساء القبائل يطبقون قواعد العرف المختلفة ومن بينها القواعد الجنائية العرقية يوم لم تكن هناك حكومات مسئولة عن هذه المهمة الرئيسية وهي حماية الأمن الجنائي في الجماعة فعل سبيل المثال :

١ - كان العرف الجنائي لقبائل المغول يقضي بأن من وجد عنده حصان مسروق فعليه أن يعيده إلى صاحبه بالإضافة إلى تسعة أحصنة من نفس النوع ومن لم يستطع فإن ابنائه يجب أن يؤتفوا بدلاً من ذلك، وإذا لم يكن لديه أبناء فلهذه نفسه سبيل كما تسليخ الغنم^(١) .

٢ - منذ أقدم العصور كان العقاب لدى كثير من القبائل يمتدحى العرف أما دفع غرامات مالية في صورة نفقة أو حيوانات فقط أو مع عقوبات بدنية أخرى، تمثلاً بمقتضى عرف قبائل النور - بقتح الروا - كان العقاب دفع غرامات في أغلب الجرائم بما فيها الزنا في صورة دفع عدد من المواشي، ولا زال كمعاقب وضعي^(٢) لأن تطبيق مبدأ النفس بالنفس - لدى تلك القبائل - نادراً ما يتضمن اقرار السلام ومثل آخر : فعرف قبائل المغول يقضي أن يكون العقاب في كاي الجرائم تقريباً هو الجلد بالسوط أو الخيل فقط أو بالجلد مع الغرامة النقدية أو غير النقدية - شيء من الممتلكات الأخرى - ويوقع هذا العقاب على الجاني كما قد يوقع على زوجته وأطفاله^(٣) وهذه مساواة وظلم في اعتقائنا لا مبرر لها . ومن هذه القبائل ما يعتبر ارتكاب الزنا جريمة في حق الزوج فتكون العقوبة غرامة تدفع له^(٤) .

٣ - المداة والأخذ بالثأر وهو جريمة في حق المجتمع قد لا يكون كذلك في المجتمعات القديمة التي لا تعتبر القتل نفسه جريمة في حق المجتمع بل تراه

(1) Radanovsky V. A. Customary Law of the Mongol Tribes. PP 59.

(2) Howell P. P. Annals of Near Law London 1954 P. 41.

(3) Radanovsky, V. A. Customary Law of the Mongol P. 205.

(4) Howell P. P. Annals of Near Law. P. 158

جرية فقط في حق المجني عليه فيعتبرون المعفون عليه حقاً خاصاً^(١).

وهو عرف كان متبعاً لدى القبائل المخولة كما كان لدى القبائل العربية قبل الإسلام، ففي قديم العصور كان القاتل لا يهدأ وقد لا يأكل أو يشرب حتى يعرف أن حق الدم قد أخذ منه عن طريق رؤسائه وعشيرته بدفع الفدية المالية لصاحب الحق. ولكن الإسلام اعتبر القصاص حقاً لأولياء القتيل مع اعتباره القتل جريمة في حق المجتمع يعاقب عليها بالتعزير أيضاً عند الضرر عن القصاص. وقد اعتبرت جميع النظم الوضعية القتل جريمة ضد المجتمع.

وبالاختصار فإن جميع المجتمعات القديمة كان لديها نظمها العرفية التي تنظم بها حياة مجتمعاتها بما في ذلك الجريمة والعقاب.

٤ - أنواع أخرى من العرف:

أنهينا من إضاح بعض أنواع معينة من العرف، ولكنها ليست كل أنواع العرف، بل هناك أنواع أخرى ولكنها أقل أهمية من السابقة، لذلك سنورد موجزاً عن تلك الأنواع الأخرى من العرف:

(أ) العرف المدني:

ونقصد به العرف في المعاملات المدنية والتي يتكون من مجموعة أحكام تحكم العلاقات المدنية بحسب نصوص النظام المدني رغم أنها غير مكتوبة، كالأحكام التي تنظم الملكية الفردية والعلاقات المرتبطة بها كالإيجار والتأجير بدون كتابة عقد إيجار بين المؤجر والمستأجر، وكقواعد التقي الذي يسمح به العرف في كثير من أنحاء الدنيا كالصين مثلاً وماليزيا وسنغافورة^(٢) والولايات المتحدة الأمريكية وهناك أقطار أخرى غير مسموح به فيها كالبلاد التي تطبق الشريعة الإسلامية وكان العرف يسمح به قبل الإسلام ثم منعه بمعنى أن التقي وفق الشريعة الإسلامية لا يرتب أي أثر نظامي، فلا يكسب اسماً ولا أوقافاً ولا يحرم على المشي - يفتح النون - ينات المتقي - بكسر النون - ولا نسائه.

(ب) العرف التجاري:

وهو مجموعة القواعد والأحكام - غير المكتوبة - التي تسود المعاملات التجارية بين التجار وهي شبيهة بالأولى من حيث الوظيفة وتختلف عنها من

(١) 1844 P.40.

(٢) The Family Law and Customary Law in Singapore by Hashim D. C. P. 166.

حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها فقط، وهي تخالف أحكام النظام التجاري وتبيعه في آثارها ونتائجها كالعلاقة بين البنك وعملائه والعلاقة بين الوكيل التجاري والتعاملين معه مما ليس مكتوباً لا في النظام ولا في عقد، وهكذا ما تعلق بالبيع التجارية.

(ج) العرف الإداري:

وهو مجموعة القواعد والأحكام غير المكتوبة التي تسير عليها الإدارة الحكومية في تنظيم شئونها الداخلية: كتعيين الموظفين وإقالتهم ومحاكمتهم تأديبياً وهو عرف يختلف من دولة لأخرى ومن زمن لآخر ولعل أهم مثال له هو: مجموعة القواعد الروتينية غير المكتوبة التي تسود أو تحكم تصرفات رجال الإدارة.

(د) العرف القضائي:

وهو بدوره مجموعة الأحكام غير المكتوبة التي تنظم أو تحكم السلطة القضائية وهي بدورها أيضاً روتين غير مكتوب تسير عليه المحاكم والإدارات القضائية الأخرى في تصريف أعمالها وتنفيذ مهمتها: كالحاكمات وطروح المرافعة، والأحكام: شكلها وكيفية صدورها، والدعوى ورفعها ثم عرضها ثم نظرها والإجراءات الأخرى التي تتبع دون نص نظامي مكتوب ولعل أهم مثال للعرف القضائي هو نظام المحلفين الموجود في الولايات المتحدة الأمريكية وهو نظام فريد في نوعه. وهو يقوم على وجود مجموعة من الأفراد غير المؤهلين يتكونون عادة من اثني عشر عضواً بجانب القاضي لمساعدته على اتخاذ القرار. ومهمتهم هي التقرير ما إذا كان المتهم مذنباً أم بريئاً. وقرارهم هذا غير ملزم نظاماً ولا عرفاً للقاضي ولكنه على كل حال يساعده في الفصل في الدعوى وله أن يأخذ به أو يتركه دون إلزام عليه. ومؤلفاء المحلفين يعطون لقرارهم هذا بعد سماع كل المرافعة والدفاع.

الخلاصة :

وكخلاصة لهذا البحث أو دأبنا ناقش نقطتين اعتقد أهميتها من ناحية وكذلك تأنيان كنتيجة لتباية هذا الموضوع .
الأول : العلاقة بين العرف والنظام الوضعي .
والثانية : مستقبل العرف .

(أ) العلاقة بين النظام الوضعي والعرف وأي منها يستطيع إلغاء الآخر :

اعتقد أنه من السهل تمييز العلاقة بينهما . لأن العرف نظام واحكام غير مكتوبة يجري التمس على التعامل بموجبها ، بينما النظام الوضعي نظام مدون مكتوب موجود تحت تناول الناس ليقروا . والعرف كما رأينا في هذه الدراسة يبدأ بتصرف فردي ثم يتكرر وينمو ببطء ولا يتكامل عرفاً إلا بعد مدة طويلة من الزمن ويدون وجوده معلوماً يحدد لمعرفة ذلك الزمن اللازم كتكوين العرف بينما نجد النظام الوضعي يوجد بين يوم وليلة ، بما يعني أننا يوماً ما قد نكون بلا نظام لموضوع مستجد معين ، ومن الغد نجد مثل هذا النظام قد وضع وهذه العملية هي نتيجة لكون العرف ليس من وضع أو عمل شخص معين ولا هيئة معينة أو حكومة محددة ، وعلى العكس نجد النظام الوضعي هو من فعل اناس معينين في الدولة : شخص كالحاكم أو هيئة مختصة بوضع النظام والتي نجدها في كل مجتمع مجسميات قد تختلف من دولة لأخرى أو من زمن لآخر في نفس الدولة ، كما تختلف قوة وضعفاً من دولة لأخرى ومن زمن لآخر . هذه الهيئة المختصة يمكنها وضع النظام وتغييره بسرعة بحسب مقتضيات الحاجة بعكس العرف الذي ينمو ببطء ويتطور أبطأ .

ووظيفة كل منهما واحدة فكل منها - كما سبق أن وضحنا في البداية - ينظم علاقات المجتمع في كل شؤون الحياة ، وكل منهما يتضمن مجموعة من الأحكام يمثل كل جزء منها فرعاً مستقلاً يحكم علاقات موضوع معين : مدني أو جنائي ، أو تجاري أو عائلي أو علاقات دولية وهكذا . وأساس كل منهما هو العدالة .

وكل منهما يستطيع أن يلغي الآخر ويطلبه ، إلا أن النظام الوضعي - بطبيعة الحال - أسرع أثراً في الإلغاء كما هو أسرع في الخلق والانشاء وأقوى أثراً من العرف ، لأن واضح النظام أيما كان يمكنه أن يضع النظام الوضعي ويصدره لتنظيم علاقات أي موضوع معين يتفق أو يتعارض مع العرف وفي حالة الممازجة نقول

(ب) مستطيل العرف:

لا أحد يشك في الأهمية القصوى لدور العرف في العصور الأولى وحتى وقت متأخر حتى أن جميع الأنظمة قامت على أساسه في كل المجالات ولكننا نؤمن بأن هذا الدور القمعال للعرف كمصدر لانشاء القواعد النظامية قد بدأ يتضاءل وهو في تصورنا سيستمر في التضاءل إلى حد كبير وإلى الأبد لأن الدول على اختلافها قد أمست سلطت مختصة لوضع الأنظمة الوضعية لحكم علاقات أبي موضوع يستجد فلا يترك للعرف مجالاً ليلعب دوراً مماثلاً لدوره في السابق . تلك السلطة التي تقوم دون غيرها باصدار النظام وهي سلطة تقتصر مهمتها على سن النظام وهذه السلطة الموجودة في كل دول العالم تسمى بأسماء مختلفة باختلاف الدول والعصور . ومع ذلك فستظل القواعد العرفية الموروثة مستمرة وإن كانت تلك السلطة في الدول المختلفة قد أخذت من آن لأخر تلغي بعضاً من تلك القواعد العرفية .

المبحث الثاني - العرف في الفقه الإسلامي

إن ما قدمناه عن العرف كان في الحقيقة معلومات وأحكام عامة وشاملة، من حيث مصادرها ومن حيث مضمونها ومحتواها، فلم نخص في بحثنا أقلية معينة، ولا نظاماً محدداً ولا زماناً خاصاً، ولا شعباً من الشعوب، أي كان مكانه، أو زمانه، أو نظامه اللهم إلا بالأمثلة القليلة.

وفي هذا الجزء من بحث العرف وأينما تخصيصه بالعرف الإسلامي، لنعطي مزيداً من الإيضاح والتفصيل - يشاف لما تقدم من حراسة للعرف كمصدر للأحكام - وذلك بحكم ارتباطنا للعقيدة الإسلامية ديناً وللوطن الإسلامي أرضاً، ولالأمة الإسلامية شعباً. ولا يعني تخصيص هذا الجزء من البحث للعرف الإسلامي، أننا سوف نقتصر الجديد أو المختلف في كل جزئياته وكلياته عما قدمناه. وإنما سوف نستعرض للعرف من خلال منظور إسلامي خاص كما جاء في لزمه فقهائه ومؤلفاتهم وسنرى الأثر، والتأثير، أو التشابه، والتطابق أحياناً بين بعض ما قدمناه من دراسة العرف بشكل عام، وبين بعض ما سنقدمه في هذه الدراسة عن العرف الإسلامي. ولهذا التماثل، والتماثل، والتشابه بين ما سبق وما هو لاحق فلأننا سوف نراهي ونحاول الاختصار وعدم الإطالة. وسيكون بحثنا للعرف الإسلامي حسب البند الآتية:

أولاً: تعريف العرف لغة وشرعاً واصطلاحاً.

ثانياً: أركانه وشروطه.

ثالثاً: أنواع العرف الإسلامي.

رابعاً: أهميته وقوة العرف في الفقه الإسلامي من حيث التطبيق.

أولاً: تعريف العرف لغة، وشرعاً، واصطلاحاً:

١ - تعريف العرف لغة:

العرف في اللغة ضد المنكر، والمعروف ضد المنكر^(١) والعرف مصدر عرف يعرف عرفاء، وعمل هذا الأساس عُرِفَ بأنه مجموعة الأحكام أو القواعد التي درج الناس

(١) تهذيب المسحاح القسم الثاني من ٥٤٨ والنجد من ٤٩٨

عليها في تعاملهم، دون أن تفرض عليهم من أية سلطة عليها. فيقال النظام العرفي أو العرف النظامي للتشابه بين العرف والنظم من حيث التطبيق، وإن اختلفا من حيث المصدر.

٢ - تعريف العرف شرعاً - أي وفق أحكام الشريعة الإسلامية :

لقد جاء لفظ العرف وما اشتق منه من الفاظ في القرآن الكريم في أكثر من ثمان وثلاثين آية تقريباً^(١) والمراد به ما هو معروف من الدين وما لا ينكره الناس من مكارم الأخلاق ومحسن الأفعال التي اتفقت عليها أحكام الشرائع^(٢)، وبهذا المعنى ظهر في التعامل والمعاملات بين المسلمين للنصوص الكثيرة الدالة عليه والمقروة للعمل به بين المسلمين في تعاملهم فيها لا نص فيه وقد استقر استعماله بين المتعاملين، ووسخت قواعده في أقوال ومؤلفات فقهاء المسلمين ومن هذه القواعد قولهم المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والمشروط عرفاً كالمشروط شرعاً، والثابت بالعرف كالثابت بالنص، ويستدل على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، ويقول الله تعالى ﴿خذ العفو وأمر

بالعرف﴾^(٣).

تعريف العرف اصطلاحاً :

أي بما اصطلح عليه الفقهاء المسلمون في تعريفه. يقول الغزالي :
العادة، والعرف، ما استقر في القوم من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، أو ما يعتاده الناس ذوق الطباع السليمة من أهل قطر إسلامي بشرط ألا يخالف نصاً شرعياً^(٤) فالعرف هو ما اعتاده الناس من العادات والقوى وساروا عليه في أمورهم^(٥).

ثانياً : أركان العرف وشروطه :

١ - أركان العرف :

ركن الشيء هو أساسه الذي لا يوجد إلا بوجوده، ويعدم بعدمه، وللعرف ركنان وجودهما يوجد ويققدان أحدهما يفقد، وهما ركن مادي، وركن معنوي :

(١) المعجم المقووس لألفاظ القرآن ص ٤٠٨ و ٤٠٩ .

(٢) أحكام القرآن ج ٢ ص ٨١٩ و ٨١٤ لابن العربي.

(٣) سورة الأعراف : الآية ١٩٩ .

(٤) المدخل للغة الإسلامي للشيخ / محمد سلام مذكور ص ٢٤٤ .

(٥) أسرار الفقه للشيخ / محمد زكريا البردي ص ٣٣٣ .

(أ) الركن المادي للعرف:

ويراد به تكرار العادة واضطرار الناس على التعامل بها حتى يكون قاعدة من قواعد التعامل في المجتمع، ويسري حكمها على جميع أفراد الجماعة ما لم يستعملوها باتفاق صريح قولياً أو عملياً أو مكتوباً أو غير مكتوب، ومقتضى ذلك ألا يتكروه أحدهم وإنما يكون مقبولاً عند كل واحد منهم وهذا ما يسمى بعمومية العرف المرتبة على تكرار العادة واستمراريتها واضطرارهم واستقرارهم على العمل بها دون انقطاع.

فالتكرار والاستمرار والاضطرار والاستقرار وعمومية العادة هي صفات ترفي بالعادة إلى مرتبة العرف الملزم، ويتوافر هذه الصفات بوجود الركن المادي للعرف.

(ب) الركن المعنوي للعرف:

ويراد به شعور الجماعة بضرورة اتباعه واحساسهم داخلياً بوجوب احترامه، واعتقادهم بخطأ من يخالفه من الناحية السلوكية في التعامل مع الآخرين، وهذا الركن هو مصلو احترام العرف وذلك بإقراء الناس لمن يخالفه. ولهذا المعنى يقال أن العرف ينبع من ضمير الجماعة لأنه يعبر عن أودتها ويحظى بلحترامها دون أن يفرض عليها.

٢ - شروط العرف:

وإذا توفر للعادة كل من الركنين السابقين سميت عرفاً، أما إذا لم يتوافرا، بقيت مجرد عادة، ليس لها ما للعرف من خصائص ومزايا في التعامل. والعرف في الفقه الإسلامي له صفتان:

(أ) فقد يكون عرفاً فاسداً أي عرفاً غير شرعي لا يعتد به ولا يُبنى عليه أحكام مهما توافرت أركانها وهو ما يخالف نصاً شرعياً.

(ب) كما قد يكون عرفاً صالحاً صحيحاً أي شرعياً يعتد به وتبنى عليه الأحكام وهو الذي ندرسه ونبحثه هنا.

والشروط الواجب توافرها في العرف الصحيح هي:

١ - ألا يخالف نصاً شرعياً ولا اجماً فقهياً، فلا يعتد بما قد يتعارف عليه

الناس منها كفروا في التعامل بالربا أو باخسر أو بلحم الخنزير، فالعرف في كل منها عرف فليس لمخالفته النصوص الشرعية الأمره فلا يعتد به فيها تكرر وأستمر أو اضطرد أو امتنع العمل به.

وهذا الشرط يسمى شرط الشرعية حيث يعبر عن ضرورة تمشي العرف مع النصوص الشرعية وعدم مخالفتها.

وبالإضافة إلى هذا الشرط تعد صفات العرف باعتبار أن كلا منها يمثل شرطاً للعمل بالعرف وهي الصفات التي ذكرناها في الركن الثاني وهي بالإضافة إلى شرط الشرعية:

٢ - العمومية: وهي عمومية نسبية، ومقتضاها أنه لكي يقال بالزامية العادة ووقتها مرتبة العرف والعمل به فيجب أن تكون هذه العادة عامة لأفراد الجماعة المعنية بالعرف، قلوا أو كثروا.

٣ - الاستمرارية: أن تستمر مدة غير محددة، لكن تستمر حتى يشعر الجماعة باحترامها كما قلنا وهذا للشرط يسمى أحياناً بالقدم فلا تكون عادة جديدة على الجماعة وإنما تكون قديمة قديماً نسبياً.

٤ - الثبات: وهو ما سميناه فيما تقدم بالاستمرار والاضطراد في التطبيق دون انقطاع.

٥ - القدم: فيشترط في العادة كما ترقى إلى مرتبة العرف الملزم أن تكون قديمة، وهذه الصفة نسبة كصفة العمومية، فلا يحدد للقدم زمناً معيناً وإنما يتوقف الأمر عند رضا الناس بها وقبولهم لها وهذا لا يأتي إلا بمضي زمن ليس بالقصير.

ثالثاً: أنواع العرف في الفقه الإسلامي:

للعرف أنواع قد لا تختلف كثيراً عما سبق أن رأيناه من أنواع العرف بشكل عام:

١ - فقد يكون قولياً كتعارف الناس على إطلاق - أو لفظ - للدلالة على معنى يختلف عن معناه اللغوي، فيكون لهذا اللفظ دالتان أحدهما لغوية والأخرى عرفية كإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع من بهيمة الأنعام كالحمل والجمال والقرمع لها تعني لغة كل ما ديب على الأرض.

وكإطلاق لفظ الولد للذكر دون الأنثى، مع إنها تعني في اللغة الاثنين معاً، وتختصيص لفظ اللحم على لحوم الحيوانات البرية دون السمك مع إن المعنى

ونعني بها أمرين :

لوطياً : من يتحمل - من الخصوم - عبء اثبات وجود العرف ؟

وثانياً : كيف يمكن لمن يدعي العرف إثباته ؟

١ - من يتحمل عبء اثباته . ؟

العرف الذي نحن يصدد دراسته ، هو حكم متى ثبت يكون بمنزلة النصوص الاتفاقية الملزمة للخصوم ولهذا السبب يطالب الخصوم الذي يقدمهم هذا العرف بتطبيقه لي الدعوى على النزاع ، والقاضي ملزم بالاستناد عليه إذا ثبت أمامه ، ولا يجوز له تجاهله ، لأنه كما قلنا بمنزلة النصوص الاتفاقية ولكن القاضي لا يلزم على هذا التحول إلا إذا اقتنع فعلاً بوجود العرف للمحتاج به ، وهذا يعني أن القاضي قد لا يقتنع بوجود العرف ، بمعنى أنه قد لا يثبت أمامه وجود القاعدة العرفية . والنصوص التشريعية لا يلزم الخصوم المطالبة بتطبيقها ولا باثباتها لأن هذا واجب القاضي ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك ، فالقاضي يفترض فيه علمه بالنصوص الشرعية والتنظيمية ، فهو لا يولي القضاء إلا بعد حصوله على المؤهل العلمي المشروط لهذا المنصب .

أما النصوص الاتفاقية فيلزم الخصوم مطالبة القاضي بتطبيقها وهذا يؤدي إلى التزامهم باثبات هذه النصوص الاتفاقية ، لأنها تخرج عن علم القاضي حتى لو علمها فعلاً بحكم علاقته بأحد الخصوم . ولا يجوز للقاضي أن يطبق أي نص اتفاقي ما لم يطلب منه تطبيقه ، وما لم يثبت أمامه وجوده فعلاً على خلاف النصوص الشرعية التي يحكم بها من تلقاء نفسه .

ولأن القواعد العرفية يحكم اتفاق الناس عليها ضمنياً وقبلهم بها أصبحت ملزمة بالتعامل على أساسها كما قدمنا ، فهي على هذا الأساس قواعد اتفاقية ضمنية تطبق ولو لم ينص عليها . وهذا السبب تأخذ حكم القواعد الاتفاقية من حيث الزامية القاضي بتطبيقها ومن حيث اثبات وجودها وعلى هذا الأساس فإن الخصم الذي يدعي بوجود قاعدة عرفية ، ويطلب تطبيقها هو الذي يقع عليه عبء اثباتها لأنه هو مدعيها وعلى المدعي عبء الإثبات .

لذا أثبت وجودها واقتنع القاضي فعلاً بوجودها لزمه العمل بمقتضاها .

٢ - كيف يثبت العرف :

يمكن لمن يدعي وجود قاعدة عرفية تحكم نزاعاً بينه وبين خصومه ، أن يثبت

وجودها بالرجوع إلى ذوي الخبرة في موضوع النزاع ف يرجع إلى الخيرة من أهل الصناعة أو المهنة أو نوع النشاط الذي ينتمي إليه النزاع .

فالعرف في إثباته يماثل احكام النظام الاجبي الذي قد يجتج به أحد الخصوم لتعلقة بالنزاع ، حيث يلزم هذا التمسك بأحكام نظام اجني أن يثبت صحة ما يدعيه ، فيُطلب منه اثبات تلك الأحكام الأجنبية التي تمسك بها ، ولا تطبق إلا إذا اقتنع القاضي بروجونها فعلاً وصحتها وعلاقتها بالنزاع .

فالقاضي لا يفترض عليه يمثل هذه الأحكام الأجنبية وبالتالي لا يلزم بتطبيقها من تلقاء نفسه إلا بطلب من الخصوم وبعد اثباتهم لها وكذلك القواعد الاتفاقية ، ومنها قواعد العرف على نحو ما قدمنا وهذا على خلاف نصوص التشريع الوطني حيث يجب على القاضي العلم بها ويلزم بالحكم بمقتضاها ولو لم يطلب منه ذلك .

والقواعد العرفية لما لها من صفة اتفاقية على نحو ما قلنا يجب على من يدعيها أن يثبتها وأن يطلب تطبيقها مثلها مثل للقواعد الاتفاقية .

(ب) قوة العرف في الفقه الإسلامي :

والسؤال الذي يطرح نفسه بعد اثبات وجود العرف ولزوم تطبيقه هو :

من ماذا يستمد العرف قوته حتى يكون ملزماً للقاضي والخصوم ؟

والجواب على هذا السؤال هو :

أن العرف يستمد قوته من امرين :

الأول : هو التصوص الشرعية التي قدمتها ومنها قوله تعالى ﴿ اخذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین ﴾

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم وما رآه المسلمون حساً فهو عند الله حسن .

والثاني : هو الاتفاق الجماعي أو الاجماع الاتفاقي وهو :

ما شرحناه سابقاً من اتفاق الناس عليه وسريانهم في معاملتهم بموجبه وثباتهم عليه واستقراره في العمل بينهم حتى شعر كل واحد منهم بضرورة العمل بموجبه .

وهذا ما يعبر عنه بكون العرف يعبر عن ضمير الجماعة متى توافر الإحساس بالزاميته وهو ما يمثل الركن المعنوي للعرف .

والعرف على هذا الأساس وبهذه القوة أصبح مصدراً للأحكام في جميع نظم العالم بدون استثناء عند عدم وجود النص، وتصل قوته في بعض أنواعه إلى أنه قد يعتمد عليه في الغلة بعض الأنظمة أو بعض النصوص منها إذا ما استمر العمل بين الناس على قواعد عرفية تخالف هذه النصوص دون أن تلزمهم السلطات بتلك النصوص وتركهم يعملون على خلافها مدة طويلة يمكن القول معها بأن هذه القواعد العرفية ألغت تلك النصوص، وإن السلطات لكي تحيي تطبيق تلك النصوص لا بد لها من سنها مرة ثانية أو تجديد إصدارها أو التنبيه بضرورة العمل بها وتلزمهم بترك تلك القواعد العرفية التي ساروا عليها مخالفين بذلك تلك النصوص ويظهر دور العرف وقوته أكثر في المجالات التجارية حيث يُعترف للعرف التجاري بمخالفة بعض النصوص التجارية إذا استمر العمل مدة طويلة على العمل بذلك العرف المخالف للنص، وإن كان هذا القول يخالف ما قدمناه من شروط للعرف، حيث قلنا أنه يجب ألا يخالف نصاً من النصوص. ويمكن أن يبرر هذا التناقض بين القولين على النحو الآتي:

١ - للنصوص الأولية في التطبيق، ولها بالتالي القوة الرسمية أكثر مما للعرف وتلك حقيقة لا خلاف فيها.

٢ - لا يقبل تطبيق عرف في مقابلة نص عند المنازعة إذا كان النص جديداً، لأن النص الجديد المخالف للعرف السائد يعني إلغاءه سواء كان النص أمراً أو كان مكملاً أو مفسراً.

٣ - ولكن إذا قبل المتعاملون عرفاً معيناً ولو تضروه وساروا عليه في مصالحهم المشتركة، فليس هناك أية سلطة لمتهم منه وتلزمهم بغيره من النصوص المكملة أو المفسرة لإزادات الأطراف التي يجوز لهم مخالفتها بانفاقهم فيكون العرف بمثابة اتفاق ضمني يُعطي الأولوية في تطبيقه بينهم على نحو ما استمروا عليه في مهنتهم أو مجال عملهم.

وعلى العموم: فإن العلاقة بين قواعد العرف وبين النصوص محل جدل وخلاف في بعض الجزئيات. فلنقتصر مع اتفاقهم على أن العرف لا يلغي النص بل أن النص هو الذي يلغي العرف، وإن من شروط تطبيق القواعد العرفية ألا يخالف النص عليه متى كان نصاً أمراً.

إلا أنهم يختلفون في بعض المواقف وأخصها ما قدمناه عندما يستمر الأفراد في العمل وفق قواعد عرفية تخالف نصوماً غير أمره مدة طويلة فهناك من يرى أن هذا يعني أن العرف يوقف سريان النص أو يسخه مؤقتاً في حالة رضا

الناس وقبولهم بتلك القواعد العرفية، وأن السلطات عند رغبتها في تطبيق النص فإن عليها أن تنبه الناس لذلك وتطلبهم التزامه، بما يحد بمثابة إصدار جديد لتلك النصوص.

لأن السلطات يسكنونها على سرمان العرف مخالفاً النص تعبر عن رضائهما وقبولها لا يضاف سرمان النص أو نسخه فيكون ذلك موافقة ضمنية منها، وتستمر هذه الموافقة أو الرغبة حتى نشط وتعلن رغبتها الصريحة في استئناف العمل بالنص فتتخذ ما يلزم لإبلاغ الناس بالعمل به من جديد. وفي كل الأحوال فالمسألة خلافية فيها يتعلق بالعلاقة بين العرف وبين النصوص غير الأمرة، حيث تعتبر تلك النصوص غير الأمرة بمثابة قواعد اختيارية للأفراد مخالفتها بانتهاكاتهم الصريحة فلا تسري عليهم إلا عند السكون عما يخالفها فتكون بمنزلة القواعد العرفية.

بعض التطبيقات الإسلامية :

وتوجد تطبيقات كثيرة للعرف في منهج فقهاء الإسلام نذكر منها كمثله فقط ما يلي :

١ - تنبأ على أحكام المذاهب المالكية بناءها على عمل أهل المدينة بحكم إقامة أئمتها في المدينة وبناء أحكامهم بالتالي على الأعراف السائدة في مجتمعهم بالمدينة، ولهذا ظهر أثر واضحاً في المذهب المالكي فهو مبني على الملك العمل لأهل المدينة المستغل في الأعراف السائدة فيها.

٢ - وبالمثل ظهر أثر العمل بالعرف في مذهب الإمام الشافعي فحينما كان مقيماً في العراق كانت له آراء تتفق مع الأعراف العراقية وهذا يسمى بمذهب الشافعي القديم.

ثم تغيرت بعض أحكامه عند انتقاله إلى مصر وسمي ذلك بمذهب الشافعي الجديد.

٣ - يرى أن المذهب الحنفي يختلف فيه الأحكام العملية بحسب أعراف المتخصصين، فيختلف حكم المسألة الواحدة فيه، باختلاف المكان أو الزمان ولعل من أمثلة ذلك رأيهم في أخذ الأجرة على الأمانة للصلاة ففي أحكامهم الفقهية لا يجوز ذلك، وفي الجديدة يجوز ذلك.

وعلا لا خلاف فيه بين الفقهاء أن اجتهاد المجتهد يتغير بحسب مكانه أو زمانه ولعل هذا اصديق تعبير لفاعلية العرف وقوته.

وأخيراً: مستقبل العرف في ضوء نصوص الشريعة:

ولا يفوتنا هنا - ونحن نبحت العرف إسلامياً - أن نسوّه إلى حقيقة شرعية بالدرجة الأولى وفقهية بالدرجة الثانية وعملية عصرية بالدرجة الثالثة.

وهي حقيقة المعالجة الإسلامية لشئون الحياة العملية في نصوص مصدريها الأساسيين وهما الكتاب والسنة ثم اجتهادات الفقهاء الإسلاميين في أساليب هذه الحياة نفسها وما تركته هذه المعالجة وتلك الاجتهادات في مجالات هذه الحياة من أثار، وما ينتظر من مستقبل للعرف في هذه الظروف.

١ - النصوص الشرعية في معالجة شئون الحياة:

تتناز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع الأخرى بامتيازات كثيرة ولكن أهمها العمومية، والشمولية والاستمرارية، والثبات. فهي عامة لجميع الخلق «وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً» فلم تُخصّص بها أمة دون أخرى ولا شعب أو جيل دون آخر ولا أرض دون غيرها.

كما أنها شاملة لجميع شئون البشر الدنيوية والأخروية، فهي من هذه الناحية روحية ومادية، فلم تقتصر على العقائد والعبادات كما لم تقتصر على شئون الحياة المادية، بل جاءت بالروحانيات، والماديات فكانت ديناً ودولة شريعة وعملاً للحياة ولما بعد الموت.

ولم تأت لزمن معين محدد تنتهي بانتهائه، فهي ليست مؤقتة ولكنها دائمة يدوام الله تعالى. وهي مع هذا كله فهي في أحكامها ثابتة لا تتغير معها تغير البشر ومهما تغير الزمن فهي شريعة سامية راقية صالحة لكل البشر في جميع العصور والأزمان.

وشريعة هذه أوصافها لا يد لها أن تستخدم أسلوباً رقيقاً يرقبها سامياً بسموها يحقق لها العمومية والشمولية ويضمن لها الاستمرار والثبات، فحياء مصدر أحكامها الأول وهو القرآن الكريم بأسلوب معجز في شكله وفي مضمونه فجاء بأحكام المعاملات في نصوص عامة وقواعد كلية مطلقة غير مقيدة بأوصاف، ولا يشروط معينة، ولا بوقائع محددة إلا ما أريد به التخصيص، ليحكم رآها الشارع الحكيم.

ومن هنا وبهذا الأسلوب نرك الشارع الحكيم التفاصيل الجزئية خلفه، ليسامروا بها ظروفهم المتغيرة الزمانية والمكانية، والمعادات، والطباع.

ثم جاءت السنة النبوية - القولي منها والعملي - لتوضح ما أجهم، في المصنوع

الأول، وتفصيل ما أوجز، وإكمال ما سُكت عنه بحسب متطلبات المجتمع،
وتفسير ما غمض.

والسنة هي المصدر التالي للتشريع الإسلامي جاءت كلها ذكرنا شارحة، مفسرة،
مكملة، للمصدر الأول. والرسول صلى الله عليه وسلم بشر خصه الله ببعض
الصفات وميزه عن غيره من خلفه بمراتب ودرجات. ولكن مع ذلك كله يبقى
بشراً لا يعلم من الغيب إلا ما أطلع الله عليه أو علمه به، فكان في عهده
هو المشرع والقاضي والمفتي ثم توالى من بعده خلفاؤه من أصحابه، ثم قاهروهم
وتابعو تأييدهم وهكذا.

٢ - الاجتهادات الفقهية ودورها في معالجة شئون الحياة:

بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم انقطع الوحي وتوقف التشريع بعد أن أكمل
الله دينه الذي ارتضاه لخلفه، اليوم أكملت لكم دينكم، لما الحياة العملية لهؤلاء
الخلق فهي لا زالت مستمرة وستظل مستمرة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

ومن طبيعة البشر التنير والتبعل وما يتضمنه هذا وذاك من التجديد في القول
والعمل والاستعمال، والتشريع بمصدره قد توقف، فكان طبيعياً أن تظهر للناس
مشاكل وأعيال وتصرفات تحتاج لإيجاد أحكام لها، ومن هنا يظهر دور الفقه
والفقهائين ليجتهدوا لاحتواء ما يستجد من صور المعاملات لاستنباط أحكام لها من
تلك النصوص العامة التي جاءت في كتاب الله تعالى، فكان دور هؤلاء الفقهاء هو
استنباط الأحكام الجزئية والتفصيلية هذه المستجدات من تصرفات البشر من تلك
النصوص العامة والقواعد الكلية المطلقة التي جاء بها القرآن.

وهكذا تعددت اجتهادات الفقهاء وتنوعت، فظهرت المذاهب تبعاً لتعدد الأمم
واعتلافهم، فكانت الخلافات تسع تارة وتضيّق تارة أخرى، والنزاع الفقهي
يشد وتلاً ويلين آخر.

توالى على الأمة الإسلامية عصور علم فيها القوة العلمية، وفي بعضها الضعف
ونشبت المسلمون شعوباً وقيادات وقامت نتيجة لذلك دول كثيرة تنتمي إلى الإسلام
إن ظاهراً وإن باطنياً، والله أعلم بالسرائر.

٣ - العرف ومستقبله في ظل قصور الأحكام.

لا يبرز دور العرف إلا بفقدان ما تظهر الحاجة إليه، ولا تظهر الحاجة للعرف إلا عند
فقدان أو قصور النصوص التي تحكم تعامل الناس فيما بينهم، سواء بشكل كلي أو
بشكل جزئي فمضى وجدت النصوص صلى الله عليه وسلم كفاً في الحكم والعلاقات في المجتمع

تُعددت الحاجة إلى العرف، لما متى تُخلعت هذه النصوص، أو قلت، فإن الحاجة للعرف تظهر.

وقد توجد نصوص لحكم العلاقات ولكنها قد تكون مجملة تحتاج إلى تفصيل أو مبهمة، فتحتاج إلى تفسير، أو ناقصة، فتحتاج إلى تكميل، والعرف يقوم بكل من هذه الأدوار.

فالعرف يسد حاجة الشعوب عند عدم وجود النصوص كما يقوم العرف بتفصيل ما أجمل من النصوص عند الحاجة، أو بتفسير ما أجهل منها أو بإكمال ما نقص.

ويكون دور العرف في كل من هذه المجالات بإيجاد قواعد عرفية يتعامل الناس بها ويستمرون عليها فتحل هذه القواعد محل النصوص عند عدمها أو تكون تفصيلاً أو تفسيراً أو تكميلاً.

وعلى هذا التبج يظهر العرف ويزدهر في البلاد التي لا يوجد فيها أنظمة، أو توجد هذه الأنظمة بشكل غير كامل.

ولهذا عرفت دول بقوانينها العرفية، غير المكتوبة كما هو الشأن في المملكة المتحدة (بريطانيا) مع السوابق القضائية التي تمثل قواعد سلوكية بجانب القواعد العرفية.

وتنفس السبب كان العرف المصدر الأول لأحكام جميع الأنظمة، ولا زال يمثل أهمية كبرى بين مصادر النظام في كل فرع من فروع.

وفي المجتمعات الإسلامية تظهر الحاجة إلى العرف أكثر من غيرها بسبب ما قدمنا من إجمالية النصوص الشرعية وعموميتها ونسوقها بولادة الرسول صلى الله عليه وسلم.

ورغم ما قام به الفقهاء من دور كبير باجتهادهم على مختلف مذاهبهم وتعدد أئمتهم إلا أن ذلك الدور - رغم عظمه وكبره - يقل عدداً، وغير كافٍ، مما يتيح للعرف المجالات المفضية للظهور والبروز والإنتشار للحاجة إليه في ظل ظروف الأمة الإسلامية الراية على اختلاف شعوبها وأقاليمها خاصة منها تلك الدول والشعوب التي لم تأخذ بأسلوب التفنين.

والأسباب الرئيسية التي قللت من أهمية الفقه، ومكنت وتمكن مستقبل العرف من الازدهار والإنتشار يمكن أن نحصرها فيما يلي:

١ - الاجتهادات الفقهية ظهرت فردية في معظمها، فكل إمام يعمل باجتهاده، وبحسب عقيدته، وفهمه، وظروفه ومدى علمه. ومن هنا يختلف الفقهاء،

ويشتد بينهم الخلاف أحياناً، فيخطيء بعضهم بعضاً، كما يرمي بعضهم بعضاً بالجهل أو التعصب، أو التشدد أو التهاون والتسامح، وهكذا ينكر بعضهم على بعض آرائه واجتهاداته حتى قيل بقفل باب الاجتهاد، وهي مقولة خاطئة فلا أحد يستطيع الحكم بقضله والصحيح هو انعدام وجود المجتهد بشرطه لعدم الاجتهاد.

٢ - الفقهاء أنفسهم، قد تغير أفكارهم واراؤهم في المسألة الواحدة بحسب بيته الفقهية، وزمانه، ومكانه وأحواله وقد قدمنا أمثلة لذلك، وأصبح من المتفق عليه بين الفقهاء أن الفتوى تتغير بتغير ظروف الفقيه.

٣ - تعدد شعوب العالم الإسلامي واختلاف بلادهم وعاداتهم فتباينت تبعاً لذلك اجتهاداتهم واختلقت أحكام فتواهم واراؤهم.

٤ - فقدان السلطة الرئيسية التي تستطيع فرض المناسبات والملائم من الأحكام الفقهية على الجميع لتعدد شعوب المسلمين وتباعد ديارهم واستقلال كل منها بدولته وبحكومته.

٥ - عدم الأخذ بالسلوب التقني لأحكام الشريعة الإسلامية الموحدة في الأحكام العملية، المالية والأسرية، والاختلاف، بما خلفه السابقون من الفقهاء للاحقين من اجتهادات فقهية فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة فبقي الخلف يتوارث تركة السلف الفقهية دون إضافات تذكر، لا أقل بلاب الاجتهاد ولكن لعدم وجود المجتهد المعترف وفق شروط وقواعد الاجتهاد الصحيح الذي يمكن المجتهد للرجوع لتصوص الكتاب والسنة وليس مجرد المكوف على تفسير وشرح أقوال سلفه أو نقلها. فبقي الخلف من الفقهاء أسيرين لما خلفه سلفهم من كتب ومؤلفات غير متجاوزينها وكأنها نصوص منزلة مفروضة عليهم لا شيء إلا لمجرهم وقصورهم عن الاجتهاد والاستنباط للأحكام العملية لا يستجد أمامهم من وقائع، فاصبحتنا مقلدين لأحكام فقهية أوجدها أصحابها في ظروف مكانية، وزمانية، وبيئية تختلف عن ظروفنا، رغم ما هو متفق عليه بين الفقهاء في كل المذاهب وفي المذهب الحنفي على وجه الخصوص من عدم جواز التقليد. ومن أنه لا يجوز للقاضي ولا المفتي الجعود على المنقول في كتب الفقه من غير مراعاة تبدل الأعراف.

وفي خضم هذه الظروف الفقهية العملية فإن الفرصة مهيأة لتتوزع الأحكام العرفية واتساع رقعتها وشموليتها بما يؤثر على العلاقات في المجتمع خصوصاً إذا اضيف إلى ذلك الأساليب الفقهية في مراجعتها الموروثة حيث يصعب معه فهمها أحياناً مع ثنائيتها وتطابقها. ولا شك أن هناك ملامح في الأفق الدولية الإسلامية في الوقت الراهن، فيما

يتعلق بالحكم والأحكام، ونقصه به التجمعات الإسلامية الفقهية، كمجموعة المؤتمر الإسلامي، ورابطة العالم الإسلامي وجامعة الدول العربية والمجالس العربية، يضاف إلى ذلك كله المؤتمرات الدولية الإسلامية كمؤتمرات القمم: العربية، والدولية الإسلامية ومؤتمرات وزراء خارجية ووزراء أوقاف فأولئك أو تلك، وما تتيه كل من هذه المنظمات أو المجالس والمؤتمرات على اختلاف مستوياتها من أنشطة تتعلق بالمجالات العملية لشعوبها الإسلامية ومنها المجالات الفقهية والشريعة فلربما كان ذلك هو الطريق السوي لإيجاد القانون الإسلامي الموحد في كل فرع وشأن من فروع وشئون الحياة، مستخدماً من كتاب الله وسنة رسوله ومن اجتهادات فقهاءه وحيث لا نكون في حاجة إلى أحكام عرفية إلا في أضيق الحدود؛ فالكمال لله وحده.

وأخيراً نحمد الله تعالى ونشكره على نعمه .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته . . .

د. عبد الرحمن عبدالعزيز القاسم

الكلام في بيع الفضولي

للشيخ الامام العالم العلامة صلاح الدين العلاني
محقق الدكتور صلاح عبدالغني الشرع*

الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه واتبع
هداه . . وبعد :

فاني أقدم هذا العمل المتواضع للمسلمين ليطالعوا على ما فيه من خير يعود عليهم
بالنفع العميم ، فهذا كتاب دبيع الفضولي، ألفه الامام صلاح الدين العلاني . وقد
وجدت في هذا الكتاب الغاية المطلوبة لكل حريص على معرفة الفضولين، وما يترتب
على فعلهم من منازعات ومشاكلات .

وصاحب هذا الكتاب كما سيأتي في ترجمته هو صلاح الدين خليل بن الأمير سيف
الدين كيكليدي بن عبدالله العلاني من علماء الفقه وأصوله والحديث . وله باع طويل في
ذلك في القرن الثامن الهجري . وقد عالج في كتبه كثيراً من مشاكل الناس وأمرد كثيراً
من كتبه لموضوعات شغلت الناس ، وشغلت حياتهم وأفكارهم ولقد ترك كتباً كلها
تنبئ عن علمه وفضله وجليل قدره .

وما حواه كتابه خير شاهد على ما قلته واني ان شاء الله طريص على أن أقدم ما يفيد
وما ينفع المسلمين في دينهم ودنياهم وأسأل الله أن يجعل هذا خالصاً لوجهه الكريم ، وأن
يكون ذخراً لنا يوم الدين .

* امتلا بمعدني قسم الدراسات الإسلامية لكلية التربية جامعة الملك فيصل في الاحساء له مؤلفات وتبقيات

ع.د.ا.

وصف المخطوطة

مخطوطة :

«الكلام في بيع الفضولي» توجد ضمن مجاميع مصورة بالجامعة الإسلامية برقم ٨٧٨، وهي مصورة من مكتبة اسكوريال بمدريد بأسبانيا . والمخطوطة تقع في (٢٤ ورقة) من الحجم المتوسط تبدأ من الورقة ٩٤ وتنتهي بالورقة ١١٢ .

وفي كل صفحة منها (١٩ سطراً) وكل سطر يحتوي عن (١٠ كلمات) غالباً وهي بخط حمى بن ابراهيم بن ناجي الهائي نسبة المقدسي مولداً، ولم يذكر الناسخ تاريخ نسخها وهي بخط نسخي علوي .

أما المؤلف - رحمه الله - فقد فرغ من تأليف هذا الكتاب في أواخر شهر جمادى الأولى سنة ست وخمسين وسبع مائة ببيت المقدس . والنسخة عليها بعض التمليكات والمطالعات . فقد جاء في ورقة الغلاف في ثوبة عبيد الله القرشي . جاء في آخر الكتاب :

الحمد لله . طالع لي هذا الكتاب فقير عقوبه محمد بن أحمد بن الصميدى القرشي الشافعي - وجاء بعدها «الحمد لله تعالى ملكه فقير عقوبه المشار إليه اعلاه محمد بن أحمد بن صميدى الشافعي والنسخة مقابلة مع نسخة أخرى كما تدل عليها التصحيحات في هامش والناسخ العمل كثيراً من الكلمات ولم يعجمها مما يؤدي إلى اشكال في قراءة بعض الكلمات . وكان هذا الاشكال يزول لو وجدت نسخة أخرى للكتاب ولكن لم أعتز عليها في فهارس المكتبات .

وعلى هذا فحاولت جهدي لاخراج هذا الكتاب على الصورة التي وضع المؤلف عليها وأرجعت النصوص إلى مصادرها مهما تضر الحصول عليها .

المحقق .

مألة

اختلف العلماء في بيع الإنسان مال غيره بدون ولاية ولا وكالة، وهو المسمى: بيع الفضولي^(١).

فقال مالك - رحمه الله -: ينمقد البيع موقوفاً على الاجازة فان اجاز المالك نفذ والا بطل. وكذلك الشراء للغير، والنكاح له، وأنكاح امته، أو ابنته^(٢).

وكذلك قال ابو حنيفة^(٣) في البيع والتهكيع، وقال في الشراء: انه بيع عن جهة العائد لا ينصرف إلى الغير^(٤)، ووافقه اسحاق بن راهويه^(٥) في البيع فقط^(٦).

وعن أحمد بن حنبل وروائين:

اصحهما: كمنهيب مالك في العقود كلها، اشبا ثبتت على اجازة من وقع العقد له^(٧)، قال أيضاً ابو ثور^(٨)، واختاره: ابن المنذر^(٩)، والثانية: لا يصح شيء من ذلك،

(١) الفضولي: هو من لم يكن ولياً ولا املاً ولا وكيل في العقد. وانظر الترمذيات للجرجاني (١٩٧٦).

(٢) انظر: بداية المجتهد ١/٢٩٤. المصروع للشيرازي ١٣/١٣١، فتح القدير لابن الهمام ٥/٨.

(٣) هو الامام ابو حنيفة النعمان بن ثابت بن زويي بن ماض بن عبد الله بن ثعلبة، فقيه مجتهد، امام ورع، سخي، له الفقه الاكبر في المدينة توفي سنة (١٥٠ هـ) انظر: طبقات الفقهاء ٨٦، شذرات الذهب ١/٢٢٧-٢٢٩.

(٤) انظر بداية المجتهد ١/٢٩٤، فتح القدير لابن الهمام ٥/٨، المبسوط للسرغسي ١٩/١١٧.

(٥) هو: اسحاق بن ابراهيم بن خالد اختلط ابو محمد بن وهبويه المروزي، ثقة حافظ مجتهد فقيه الامام احمد بن حنبل توفي سنة (٢٣٨ هـ).

(٦) انظر: سنن الترمذي ٣/٥٥٩.

(٧) انظر: المغني ٤/٢٢٧.

(٨) هو: ابراهيم بن خالد بن ابراهيم الكلبي، ابو ثور الفقيه، صاحب كتابي، توفي سنة (٢٥٠ هـ). وانظر طبقات الشافعية الكبرى ٢/٧٤ تقريب التهذيب (٢٠).

ذكر ابن قدامة: انه اختار ان البيع باطل ويجب رده.

(٩) وانظر: المغني ٤/٣٦٧ وكذلك المجموع ٩/٢٨٥.

(٩) هو محمد بن ابراهيم بن المنذر الشيبوري الحافظ للعلامة ولد ببغداد ثم نزل مكة وسكنها فكانت يعرفه مكة وسمي اعظم له المصنفات المهمة النافعة في الاجماع والاختلاف ومما اريب العلماء توفي سنة ٣١٨ هـ انظر غريب الاسماء واللغات ٢/١٩١ - ١٩٧، طبقات الشافعية ١٢٦ - ١٢٩، ذكر ابن قدامة انه اختار ان البيع باطل ويجب رده انظر المغني ٤/٢٢٧ وكذلك في المجموع ٩/٢٨٥.

وإن أجازته من وقع له العقد^(١)، وللشافعي^(٢) - رضي الله عنه - قولان:

القديم: كذهب مالك ومن وافقه .

والجديد: إن العقد باطل ولا يتوقف على شيء^(٣).

وهذا الذي اتفق الأصحاب على تصحيحه وقطع به أكثر العراقيين فلم يذكروا القول القديم: وقال الشافعي - رحمه الله - في كتاب البيوع^(٤)، وأواخر كتاب الغصب: ومن غصب عبدا فباعه، لم يجوز بيعه، وإن أجاز ذلك السيد، لأن البيع وقع فاسداً، ثم قال بعد ذلك: وإن غصب عبدا وأعتقه، ثم أجازته السيد لم يجوز، لأنه اعتقه من لا يملك، وإجازة السيد إياه شيء لا يجوز، إلا أن يجدد السيد اعتقا، فإن صح حديث عروة البارق^(٥)، فكل من باع أو أعتق ثم رضى، فالبيع والعق جازان . . . هذا نصه بحروقه في الكتاب المذكور. ودواية الربيع بن سليمان^(٦) والبيوطي جميعاً عن الشافعي - رحمه الله - قولان: في الجديد واحدهما على موافقة القول القديم، لأن حديث عروة البارق صحیح أخرجه البخاري^(٧) في كتاب علامات النبوة من صحيحه .

قال ثنا علي بن عبدالله^(٨) ثنا سفيان^(٩) ثنا شيب بن غردقة^(١٠)

قال: سمعت أباي يتحدثون عن عروة - يعني - ابن الجعد البارقي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة فاشترى له به شاتين فباع أحدهما بدينار فجاء بشاة ودبتلو فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب ربح فيه^(١١) رواه

(١) انظر: المغني لابن قدامة المقدسي ٢٢٧/٤، ٢٦٩/٥.

(٢) هو: الإمام محمد بن إدريس بن العباس أبو عبدالله الشافعي، أحد المجتهدين الأربعة، متاثير كثير، توفي سنة (٢٠٤ هـ) وله الفتى في ترجمته كتبه سننفة: انظر معاً كتاب الشافعي ومنتاثيره لأبي حاتم ومنتاثير الشافعي لبهلي وغيرهما، انظر أيضاً: تاريخ بغداد ٥٦/٣ - ٧٣ طبقات الشافعية ١٠٠/١ - ١٠٩، ١٨٥.

(٣) انظر: المجموع ٢٨٣/٩، وضع الحزير ١٦١/٨ - ١٢٢، ومحريج الفروع على الأصول للزحناقي ١٨٧ - ١٨٨.

(٤) هو: يوسف بن يحيى أبو يعقوب البيوطي الفقيه صاحب الشافعي - رحمه الله تعالى - ويوطى من حميد مصر - وهو أكبر اصحاب الشافعي المصريين، ثقة، مات يحدوا في السجن والفقيه، متحداً يغلل القرآن سنة (٢٢١ هـ).

(٥) انظر: طبقات الشافعية ٢٧٥/١ - ٢٧٧، تقريب التهليل ٣٨٤، خيرات الذهب ٧١/٢.

(٦) هو: عروة بن الجعد - ويقال ابن أبي الجعد، وقال: اسم أبيه: هاشم - البارقى - بالرحلة والقاف - صحابي مشهور، سكن الكوفة وهو أول قاض بها.

(٧) انظر: تقريب التهليل ٢٢٨، الاصابة في تميز الصحابة - ابن حجر العسقلاني ٤٧١/٢.

داود^(١١)، والترمذي^(١٢) في كتابيها من حديث الزبير بن الخزيم^(١٣).

عن أبي ليلى^(١٤)، عن عروة البارقي - رضي الله عنه - بهذه القصة^(١٥)، وهذا إسناد صحيح، لأن الزبير بن الخزيم محتجج به في الصحيحين، وأبو ليلى اسمه - لحازم - بضم

(١٦) هو: الربيع بن سليمان بن عبدالمطلب بن كليل المرادي مولى أم أبو محمد المصري المؤنف صاحب الشافعي، ثقة
يثبت رواية كتب الإمام الشافعي. توفي سنة (٢٧٠ هـ) وله ست وتسعون سنة.
انظر: إخطبات الشافعية ٢٥٩/١ - ٢٦٠ هـ، تقريب التهذيب - ابن حجر العسقلاني ١٠١.

(١٧) هو: محمد بن اسماعيل بن الشيرة البجلي أبو عبيدة البخاري، جليل الحفظ، وإمام الدنيا في ثقة الحديث،
صاحب الصحيح، توفي سنة ست وخمسين ومائتين وله ثمان وستون سنة، انظر: تقريب التهذيب - ٢٩ هـ،
تهذيب التهذيب ابن حجر العسقلاني ٣١٩/٧ - ٣٥٧.

(١٨) هو: علي بن عبيدة بن حمزة بن يحيى السعدي مولى أم الإمام أبو الحسن بن المديني البصري، ثقة، يثبت،
إمام، أعلم عصره بالحديث، ولفظ، توفي سنة ثمان وثلاثين ومائتين. انظر: (تقريب التهذيب ٢٤٧، تهذيب
التهذيب ٣٤٩/٧ - ٣٥٧).

(١٩) هو: سليمان بن حمزة بن أبي حمزة ميمون الحلبي، أبو محمد الكوفي، ثم الكوفي، ثقة حافظه عنه، إمام،
حجة، توفي سنة ثمان وتسعين ومائة وله إحدى وتسعون سنة.
انظر: (تقريب التهذيب ١٦٩، تهذيب التهذيب ١١٧/٤ - ١٢٢).

(٢٠) هو: شبيب بن غرقدة - يجمعه وقيل - السلمي، ويقال: البازلي، الكوفي، تابعي، ثقة، انظر: (تقريب
التهذيب ٩١٣، تهذيب التهذيب ٣٠٩/٤).

(٢١) انظره البخاري بالاسناد المذكور: كما ذكر غلظت لكن في كتاب المناقب.
انظر: وصحيح البخاري مع فتح الباري ٦٣٢/٦ رقم ٣٦١٧ وفي البخاري لروح له.

(٢٢) هو: سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي السجستاني ثقة، حافظ، مصنف السنن
وغيرها من كبار العلماء توفي سنة (٢٧٤ هـ)
انظر: تقريب التهذيب ١٣٢، تهذيب التهذيب ١٦٩/٤ - ١٧٣.

(٢٣) هو: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضمك السلمي الترمذي، أبو عيسى، صاحب الجامع، أحد
الأئمة، ثقة حافظ، مات سنة (٢٧٩ هـ).
انظر: (تقريب التهذيب ٤١٤، تهذيب التهذيب ٣٨٧/٩ - ٣٨٩).

(٢٤) هو: الزبير بن الخزيم - بكر الصفة - وشهد الرواء المسبوقة يدعها تحاية ساكنة لم قرأه - البصري،
ثقة. (انظر: تقريب التهذيب ٩٠٦).

(٢٥) هو: لحازم - بكر اللام ونهله الميم وبالياء - ابن رباح - مفتح وتنقل الزواي الزمعة وآخره - وأبو الأزد
الجهمي أبو يزيد البصري، صدوق بصري، هكذا قال الحافظ بن حجر عنه - وقد نقل المؤلف كلام
الآخرين عنه في توثيقه.
انظر: (تقريب التهذيب ٢٨٧).

(٢٦) انظر الحديث مع بيان القصة بالاسناد السابق، ومن طريق الزبير أيضا في سنن أبي داود ٢٧٧/٣ - ٢٧٩ م
وتم ٣٣٥٥، وفي سنن الترمذي من طريق الزبير فقط ٥٥٩/٣ م ولم ١٢٥٨.

اللام ويعد الأئمة زاي مصري: وثقه محمد بن سعد^(١١) وأبو حاتم بن حبان^(١٢)، وقال فيه أحمد بن حنبل: صالح الحديث، ولم يضعفه أحد. فالحديث صحيح. وهو أقوى ما احتج به لذهب مالك ومن وافقه.

واحتجوا أيضا: بحديث حكيم بن حزام^(١٣)، رضي الله عنه - يمثل هذه القصة، أيضا: أن النبي ﷺ ٩٥ / ب.

بحث جعفر^(١٤) بدینار يشتري له به لاضحية - قال: فاشتراها بدینار وباعها بدینارين ثم رجع واشترى أخرى منها بدینار، وجاء بدینار إلى النبي ﷺ وبالااضحية، فقال النبي ﷺ: ضح بالشاة، وتصدق بالدينار. أخرجه أبو داود^(١٥) - من طريق سفیان الثوري^(١٦) - قال: حدثني أبو حصين^(١٧)، عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام، رواه الترمذي^(١٨) من طريق أبو بكر بن عيسى^(١٩) عن أبي حصين^(٢٠) عن حبيب بن أبي

(١) هو: محمد بن سعد أبو عبد الله الحافظ، كاتب الرازي وصاحب الطبقات والتاريخ، واحد الحفاظ الكبار القاتل للبحرين، تولى بغداد سنة (٣٣٠ هـ) انظر شذوات الذهب ٦٩/٢، وتذويب التهذيب ١٨٦/٩ - ١٨٣.

(٢) هو: محمد بن حبان بن أحمد الشعبي البجلي أبو حاتم، صاحب الصحيح والضعف، كان حافظا وتجاوز دامانا حجة توفي سنة (٣٥٤ هـ). انظر: شذوات الذهب ١٦/٣، معجم المؤلفين عمر رضا كحالة ١٧٣/٩.

(٣) هو: حكيم بن حزام بن خويلد أجد الاسدي أبو خالد الكوفي، ابن أخي خديجة أم المؤمنين - وعليه أنه عنها - أسلم يوم الفتح، وصحب به: أربع وسبعون سنة ثم عاش إلى سنة أربع وخمسين أو بعدها - وكان علما يكتسب.

انظر: تقريب التهذيب ٨٠ - ٨١، الإصابة في تمييز الصحابة - ابن حجر المصنعي ٣٤٩/١.

(٤) لا أحد ذكرنا جعفر بن سنن أبي داود ومن الترمذي والذي أرسله - حتى أنه عليه وسلم - هو حكيم بن حزام نفسه: وأما عبارة في سنن أبي داود: بعثت معه بدیناره ثلثة وثلاثون شقة من معي إلى جعفر.

(٥) انظر: السنن ٦٧٩/٣ م ٤٢٨٦.

(٦) هو: سفیان بن عيينة بن سفيان الثوري، هو أبو عبد الله الكوفي، تفرغ لحفظ كتب، عابد، شام حجة، توفي سنة إحدى وستين ومائة وله أربع وستون سنة.

انظر: تقريب التهذيب ١٢٨، تهذيب التهذيب ١١٦/٤ - ١١٥.

(٧) هو: عثمان بن عاصم بن حصين الأسدي الكوفي أبو - حصين يفتح المهمله - تفرغ، شام، ورعا فاس، مات سنة سبع وعشرين ومائة ويضاف بعدها.

انظر: تقريب التهذيب ٢٣٤، تهذيب التهذيب ١٢٦/٧ - ١٢٨.

(٨) انظر: السنن ٤٥٨/٣ م ١٢٥٧.

(٩) هو: أبو بكر بن عيسى - بتجانيه ومعصيه بن سالم الأزدي القسري الحافظ - يجهله ولون - مشهور بكنيته والاصح انما اسمه، تفرغ عابد - لا أنه لا كبر سده حفظه، وكتابه صحيح. مات سنة أربع وتسعين ومائة، وثيل: قبل ذلك وقد تفرغ المائة.

انظر: تقريب التهذيب ٣٩/٦، تهذيب التهذيب ٣١/١٢ - ٣٧.

(١٠) هو: عثمان بن عاصم الأسدي.

ووجه الأدلة منه ظاهره، فإنه يصرف للأجير ببيع ماله والشرائه به، ولا يقال: هو شرع من قبلنا، ولي كونه حجة خلاف^(١)، لا نأخذ بقول النخعي^(٢) النبي ﷺ على وجه المذبح لعامله، وإن جمعه، كان سبباً لنجاحه وذلك يقتضي جواز مثله في شرعنا. فهذا تقرير منه ﷺ لتعرف هذا الرجل الذي استأجر الأجير فيعتبر هذا ثابتاً بالسنة التصرية وهي مصدر التشريع فالسنة ثبت بالقول وبالفعل وبالتقرير وقد أقر عليه السلام بهذا تصرف هذا الرجل، وبهذا أصبح إقرار الشرع من قبلنا.

واحتج الأصحاب بالحديث المتفق على صحته: «إن النبي ﷺ عي عن بيع الغرور^(٣)»، لأنه غير مقلود على تسليمه حالة العقد، فهو كبيع الأبن والصلال الذي لا يعرف موضعه، وحديث يوسف ابن مازك^(٤) عن حكيم بن حزام - رضي الله عنه قال: «نهى النبي ﷺ أن يبيع ما ليس عندي»^(٥)، ورواه الترمذي بهذا اللفظ - وقال فيه حديث حسن - وأخرجه أيضاً هو وأبو داود والنسائي^(٦) أنه سأل النبي ﷺ قال يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي فقال النبي ﷺ «لا تبع ما ليس عندك» وإسناده صحيح^(٧).

(١) إسناده: أحمد لأبي بصل ٧٥٢ - ٧٦٧، التبرك للثوري ٢٨٥ - ٢٨٨، طبرستان ٥٠٣/١ - ٥١٠، إسناده: البرقي ٩٩/٢ - ١٠٥، المستضي ٣٤٦/١ - ٢٦٠، للحصول ٤٠٩/٢ - ٤١٥، روضة المفتر مع شرح ابن أحمد الدوري ١٠١/١ - ١٠٣.

(٢) الكلام لا يتم إلا بزيادة «له»، فيكون «أما له النبي ﷺ وأصلها سقطت سواء من الناسخ

(٣) منقذ من صحته (انظر: سنن الترمذي ٥٣٢/٣ م ١١٣٠، سنن أبي داود ٦٧٢/٢ م ٣٣٧٩ وصحيح مسلم ١١٥/٣ م ١٥١٣).

(٤) هو: يوسف بن مازك بن مزاد - قسم الموحدة وسكون الداء، بعدها زاي - فلفظي للمكي كده. مات سنة ست ومائة وثلث قبل ذلك، قال في التهذيب: يوسف بن مازك بن مهران الكوفي.
(٥) انظر: تهذيب التهذيب ٣٨٩، تهذيب التهذيب ابن حجر العسقلاني ٤٢١/١ - ٤٢٢.

(٦) رواه الترمذي في سننه ٥٣٤/٣ م ١١٣٣.

(٧) هو: أحمد بن شعيب بن حلي بن سنان بن بصر - أبو عبد الرحمن النسائي الحافظ صاحب المسند مات سنة ثلاث وثلاثمائة، وله تلامذة وشيوخه، انظر تهذيب التهذيب ١٢، تهذيب التهذيب ٣٦٩/١ - ٣٩٩.

(٨) إسناده الترمذي في سننه ٥٣٤/٣ م ١١٣٣، وأبو داود في سننه ٦٦٩/٣ م ٣٥٠٣، والنسائي في سننه ٢٨٩/٧.

ويحدث عمرو بن شعيب^(١) عن أبيه^(٢) عن جده عبدالله بن عمرو^(٣) - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: «لا يخل مئلف ويبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن» ولا بيع ما ليس عندك^(٤)، رواه أبو داود والترمذي وغيرهما، بإسناد صحيحه إلا عمرو بن شعيب^(٥)، وقال فيه الترمذي: حديث حسن صحيح^(٦)، ورواه

(١) هو: عمرو بن شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص القرشي، صدوق، مات سنة ثمان عشرة ومائة.

انظر: تقريب التهذيب ٢٦٠، تهذيب التهذيب ٤٨/٨ - ٥٥.

(٢) هو: شعيب بن عبد بن عبدالله بن عمرو بن العاص القرشي المجازي، صدوق، ثبت سماعه من جده.

انظر: تقريب التهذيب ١٤/٤، تهذيب التهذيب ٣٥٦/٤ - ٣٥٧.

(٣) هو: عبدالله بن عمرو بن العاص بن واثل بن حاتم السهقي، أبو عبد، وتكلى أبو عبد الرحمن، أحد المبشرين الكثرين من الصحابة، ولحقه العدالة الفقهاء. مات سنة ثلاث وستين أو بعدها.

انظر: تقريب التهذيب ١٨/٣، تهذيب التهذيب ٢٢٧/٥ - ٢٢٨.

(٤) أخرجه أبو داود في سنة ٧٦٩/٣ - ٧٧٥ م ٢٥٠٤، والترمذي في سنة ٥٣٥/٣ - ٥٣٩ م ١٣٣٤، والنسائي في سنة ٢٨٨/٧.

(٥) إن إنشاء المئلف لحديث عمرو بن شعيب من الإسناد الصحيحة لا يبريد بذلك المئلف - والله أعلم - وإذا يريد أن حديثه دون رتبة الصحة يقلل وهو الحسن أو ما بين الحسن والصحة.

وذلك لما دار حول عمرو بن شعيب من كلام بين علماء الفرج والتصديق، فمنهم من وثقه ومنهم من ضعفه، والرجل إذا اختلف فيه جرحاً وتصديقاً عمل العناية على التوسط في أمره وهو جعله في مرتبة بين القطع والصحة وهي الحسن.

وسبب هذا الخلاف أنه عمرو بن شعيب روى صحيحه عن أبيه عن جده لم يسمها عن أبيه كلها وإنما سبغ بعضها ثم حدث بعضهم وكذلك حكم بعض العلماء على أحاده في هذه الصحيحة بالإرسال، هذا فضلاً عن أن إقامه على مثل هذا العمل يعرضه للظن فيه، ولكن عمرو بن شعيب كان في حد ذاته ثقة، كما أنه قد ثبت عند بعض الأئمة سماعه من أبيه وسامع أبيه من جده.

هذا الأمر جعل بعض العلماء يضعفه وبعضهم يوثقه.

قال يحيى ابن معين: إذا حدث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فهو كتاب، ومن حشاه جاء ضعفه، وإذا حدث عن سبب من النسب أو سليمان بن يسار أو عروة فهو ثقة عن هؤلاء. تهذيب التهذيب ٤٩/٨.

وقال أبو زرعة الرازي: روى عنه الثقات، وأما أنكره عليه كذا ورواه عن أبيه عن جده، فما سمع أحاديث يسيرة وأحد صحيفة كانت عنده فرواها أحد (المصدر السابق).

وقال الحافظ الذهبي: وأما من عند نسخة عمرو عن أبيه عن جده من أنساب الصحيح الذي لا نزاع فيه من أصل الوجاهة، يعني أن يأخذ حديثه بتصحيحه ما جاءه من متكرراً، ويروي ما جاءه ذلك في السنن والأحكام عشرين لاسنانه، فقد احتج به أنه كبار وثقوه في الجسلة، ونسأل فيه أنهم يروون قليلاً وما علمت أن أحداً تركه. سير اعلام النبلاء ١٧٥/٥.

وقال الحافظ ابن حجر: عمرو بن شعيب ضعيفه ناس مطلقاً وثقته الجمهور، وضعفه بعضهم روايته عن أبيه عن جده، أما روايته عن أبيه عن جده فربما دلل ما في النصيحة بلطفه عن، فإنه قال حديثي أبي فلا ريب في صحته كما ينضه كلام أبي زرعة المقدم وأما رواية أبيه عن جده، فأما يعني بها الجاهل الأهل حديثاً من عمرو ولا يحد من حديثه وقد جرح شعيب بسماعه من عبدالله بن اسحاق وصحح سماعه منه (١) تهذيب ٥١/٨.

اليهقي^(١) وغيره ٩٦/ب من طريق الأوزاعي^(٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ أرسل عثمان بن أسيد^(٣) إلى أهل مكة أن يلبنهم أربع خصال: (لا يصلح شرطان في بيع، ولا يسع وسلف، ولا يبيع ما لم يملك، ولا يبيع ما لم يقسم^(٤)).
 وهو في كتاب (المستدرک للحاكم)^(٥)، من حديث عطاء الشراشلي^(٦) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال: «قلت: يا رسول الله»

قلت: وبالمجلسه عليا قلت ورواه الثقات عنه فقد جعلها العلماء في رتبة الحسن، فقال الامام للحاكم: انصحهم ينضم إلى عشرة اناس، خمسة ينضم عليها وخمس غنط بها... ثم عد الخمسة الأول ويصل الخامس منها احاديث جماعة من الائمة عن آبائهم عن اجدادهم ثم تكرر الرواية عن ابائهم عن اجدادهم الا عنهم عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ويترى من حكمه عن ابيه عن جده، تدريب الراوي ٧٦ - ٧٧.

قلت: يريد للحاكم تنظيم الصحيح إلى عشرة اقسام من حيث ثبوته في الرواية لا من حيث التسوية وبالثبات في البرية تكون الدرجة الخامسة منها هي رتبة الحسن لأن الحسن مخرج مع الصحيح في الاحتجاج به.

وحكى السرخسي عن الحافظ الذهبي قوله: اعلم مراتب الحسن بين من حكمه عن أبيه عن جده وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ويحمد بن إسحاق عن إبراهيم الشيباني وإسحاق ذلك مما قبل الله صحيح وهذا من ادق مراتب الصحيح تدريب الراوي ٩١ الأول.

وبما تقدم يطيح المراد من إرشاد المصنف لحديث عمرو بن شعيب عن الحسن وهو الاستدلال في الصحيح لداته والتميز إلى أنه رتبة الحسن وهي ادق مراتب الصحيح والله اعلم.

(٦) انظر: سنة ٥٣٩/٢.

(١) هو الامام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي الشيباني، فقيه جليل، حافظ كبير، اصولي محرم، زاهد ورع، صاحب تصنيفات حسن الكثير وصرها، توفي سنة ثمان وخمسون وأربع مائة.
 انظر: طبقات الشافعية ٣/٣ - ٦، شذرات الذهب ٣/٢٠٤ - ٢٠٥.

(٢) هو: عبد الرحمن بن عمرو بن أبي عمرو محمد الأوزاعي أبو عمرو، الفقيه، ثقة، جليل، مات سنة سبع وخمسين ومائة.

انظر: تقريب التهذيب ٢٠٧، تهذيب التهذيب - ابن حجر العسقلاني ٦/٣٣٨ - ٢٤٢.

(٣) حرا: عثمان بن أسيد - ينتح قوله - ابن أبي العاصم - ذكر الهمل - ابن أبي العاصم أبو عبد الرحمن للكنى له صحبه، وكان أمير مكة في عهد النبي ﷺ ومات في يوم مات أبو بكر الصديق فيها ذكر الرازي، لكن ذكره اندرالي: أنه كان عاملاً على مكة شهر سنة إحدى وخمسين.

انظر: تقريب التهذيب: ٩٢١، تهذيب التهذيب ٨٩/٧ - ٩٠، الاصابة ٨٩١/٢.

(٤) انظر: السنن الكبرى ٥/٢٤٠.

(٥) هو: أبو حنيفة للحاكم محمد بن حنبل بن محمد بن حنبل الشيباني الطبراني النيسابوري، كتب من نحو ألفي شيخ، قرأ القراءات على جماعة ورع في معرفة الحديث وقوته وصنف التصنيف الكبير، فقه، حجة، صاحب المستدرک على الصحيحين. انظر: شذرات الذهب ٣/٢٧٩ - ٢٧٧.

(٦) هو: عطاء بن أبي مسلم أبو عثمان الخراساني واسم أبيه يسرا، وقيل: جدها، صدوق، يرم كثيرا ومروى وبشبه، مات سنة خمسين وثلاثين ومائة.

انظر: تقريب التهذيب ٢٣/٩، تهذيب التهذيب ٢١٢/٧ - ٢١٥.

الله - ابي اسمع منك أشياء اختلف ان اتساهل . افذاذن لي ان اكتبها - قال : نعم - قال : كان فيها كتب عن رسول الله ﷺ انه لما بعث عتاب بن اسيد الى مكة قال : «خبرهم انه لا يجوز بيعان في بيع ولا بيع سالم بملك^(١)» - الحديث - فهذه^(٢) الاحاديث صريحة في عدم صحة بيع مال الغير ، بغير اذله أو ولاية عليه ، لعدم ملكه المقدر عليه فيها يجري في ملكه الفرد ، وهو المراد بقوله في الحديث الآخر «لا تبع ما ليس عندك» . للاتفاق على ان المملوك يصح بيعه ، وان كان غائباً عنه - حالة العقد - فاما حديث الضار ، والمعتمد في الجواب عنه : ان الاجير لم يكن قبض اجرته ، وكانت في الذمة ، فلم يبعين له ملكا ، ثم ان المستاجر تصرف فيها هو باق على ملكه وتبرع الاجير بارساح ذلك ، فلم يكن ذلك البيع والشراء في حال الاجير بدون لذته^(٣) . واما الحديثان الأولان فيحتمل في كل منهما ان يكون النبي ﷺ اذن لكل من حكيم بن حزام ، ٩٧/١ وعروة بن الجعد في^(٤) مطلق التصرف له^(٥) . ولم ينقل ذلك ، أو لهم كل منهما ذلك منه ﷺ وكان امره لفلهم مطابقا .

ويعرود هذا الاحتمال كان في البيع من الاستدلال به . لأنها من وقائع الاعيان فلا يتجهذان لمعاوضة صريح الاحاديث المتقدمة ، مع عموم لفظها وصحة اسانيدها الا ان الشافعي - رحمه الله - لم يعتبر هذا الاحتمال في حديث عروة البازيقي ، بل علق القول به على صحته كما تقدم النقل عنه في كتاب (البيعي والبيع) - والحديث - صحيح - كما تقدم . والله اعلم .

وقد نص الشافعي في مثل قصة عروة هذه على قولين ، واصحهما عند الاصحاب صحة شراء الشاتين ، اذا كانت كل واحدة منهما تسليوي دينارا ، وقد وكله في شراء واحدة موصوفة بدينار ، وأوقع الوكيل العبد على دينار في الذمة ، فيقع الملك في الشاتين للموكل .

والقول الثاني :

ان الوكيل يقع له شاة بتصف دينار وهو بالخيار بين ان يترك للموكل الشاة الاخرى ويأخذ منه نصف دينار وبين ان يأخذها منه ، فيسلم له الشاتان بالدينار - وحكما هذا

(١) انظر المستدرک ١٢/٢ .

(٢) في المخطوطة : «هكذا وهو خطأ ظاهر» .

(٣) انظر : المجموع شرح المهذب - للقرني - ٢٨٧/٨ .

(٤) في المخطوطة (في) والتصواب (ل) .

(٥) انظر : المجموع شرح المهذب - للقرني - ٢٨٦/٨ .

عن نص الشافعي في كتاب الاجارة من الام^(١)، وذكر القاضي أبو الطيب الطبري^(٢) في تعليقه والمنثري^(٣) في التمه ان هذا القول لا وجه له الا البناء على البيع الموقوف انه يجوز. وهذا منها تسليم ان للشافعي قولان في الجعبد يوقف العقود والله اعلم. ٩٧/ب.

قال الاصحاب: والقولان في بيع الفضولي مال للغير جاربان فيها لمن اشترى للغير، او زوج امته او ابنته او متكوحته او اعتق عبده، أو اجر داره، أو وهب ماله بغير اذن في ذلك كله - هذا صرح به الرافعي^(٤) وغيره^(٥) لكن الاصحاب لم يتعرضوا للمسألة في كتاب الطلاق، فيتبع في مسألة الشراء، للغير تفصيل - وذلك اما ان يقع بضمن معين أو بضمن في الذمة. فان كان الثمن معيناً: فاما ان يكون لذلك الغير أو مباشر العقد فان كان لذلك المشتري له، فقيه قولان:

وهو في الحقيقة يبيع مال له بغير اذنه، وان كان الثمن للغير، لمباشر العقد، لانه اطلق العقد، ولم يسم المشتري له، وقع العقد للمباشر بلا خلاف، سواء اذن له ذلك الغير ام لا . . .

وان ساء في العقد ولم يأذن له الغير لغت التسمية، وهل يبطل العقد من اصله ام يقع عن المباشر، فيه وجهان مبيان عل ما اذا نسخ الوجوب هل يبقى الجواز، وفيه خلاف اصولي^(٦)، وان اذن له فهل يلغوا التسمية، فيه وجهان: فان قلنا فلهو فهل

(١) كتاب الام للشافعي ٢٥٨/٣ طبعة بولاق.

(٢) هو: القاضي أبو الطيب طاهر بن عبد الله طاهر الطبري ثم البندلي، كان ثمة، صادقاً، حارفاً باصول الفقه وفروعه، محققاً في علومه سليم الصدر، حسن الخلق، صحيح المذهب جيد اللسان، صحيح العقل، ثابت الهمم، وبقي إلى حين وفاته، توفي سنة حنين ومائة. انظر: تاريخ بغداد ٣٥٨/٩ - ٣٦٠، تهذيب الاسماء والالفاظ ٢٤٧/٣ - ٢٤٨، طبقات الشافعية ١٧٧/٣ - ١٧٧/٣ - ١٩٧٠.

(٣) هو: عبد الرحمن بن مأمون بن علي بن إبراهيم أبو سعيد صاحب التصانيف، أحد كبار ائمة المذهب الشافعي، فقيه، متكلم.

انظر: طبقات الشافعية ٢٢٣/٣ - ٢٢٥ شذرات الذهب ٤٠٠/٣ - ٤٠١ - معجم المؤلفين ١٢١/٥.

(٤) هو: أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل القزويني، الاسام البارع المتبحر في المذهب وعلوم كثيرة، شرح كتاب الوجيز للقرافي في ٩٦ مجلد، وله كتب اخرى، توفي سنة ثلاث وعشرين وستائة. انظر: تهذيب الاسماء والالفاظ ٣٦٤/٢ - ٣٦٥، طبقات الشافعية ١١٩/٥ - ١٢٥، معجم المؤلفين ٣/٦.

(٥) انظر: فتح العزيز ١٢٢/٨، والجمع - للنوري ٢٨٢/٨.

(٦) هذه قاعدة اصولية ولي فيها الخلاف بين علماء الاصول، وهذا الخلاف مترتب عليها.

انظر: المدة ٢٧٤/١ - ٢٧٦، التمه ٩٦، اصول السرخسي ٦٤/١ - ٦٥، المستصفى ٧٣/١، للمصول انظر: ٣٤٢/٢ - ٣٤٨، التمهيد للاستدري ٩٩ - ١٠١.

يطل العقد من أصله، أم يقع عن العاقد فيه الوجهان - وإن قلنا لا يلزم وقوع العقد عن الأذن - وهل يكون الثمن المعرض في العقد فرضاً لمن وقع العقد له أم مبه - فيه وجهان. (١)

أما إذا كان الشراء بشيء في الذمة، فهو أيضاً على أقسام:

أحدها: / ٩٨/ أن يقول اشترت لفلان بثلث في ذمته، فالحاكم كما لو اشترى له معين ماله.

وثانيها: أن يعين المباشر كون الثمن في ذمته، وفيه القولان.

فإن قلنا يتوقف على الاجازة وإجاز المعين فهل يكون الثمن فرضاً أو هبة إذا أدى ماله، فيه الوجهان.

وقالهما: أن يطلق وينوي كونه للغير - فعل الحديث المشهور يقع للمباشر وعلى القول الآخر يتوقف على الاجازة، فإن رده، يديم العقد للمباشر.

ورابعهما: أن يقول اشترت لفلان بثلث، ويطلق الثمن فيه أيضاً القولان.

فعل القول المشهور، ففيه وجهان.

أحدهما: يطل العقد من أصله.

والثاني: يقع على المباشر ويلغوا التسمية، وعلى القول الآخر يقف على الاجازة، فإن اجازت قبل للمعجز وكان الثمن في ذمته والا ففيه الوجهان في وقوعه للمباشر، وقد ذكر الخنفة أن شرط وقف العقود، أن يكون لها مجز في الحال، مالمكان أو متصرفاً على المالك، فلو اعتق الاجتبي عبد الصبي، أو طلق امرأته لم يتوقف ذلك على اجازة الصبي، حتى لو بلغ عن قرب وإجازته لم يعتبر اجازته، بل المعتبر اجازة وليه أو من يملك التصرف عليه - حالة العقد، ولذلك لو باع مال الغير، ثم انتقل ذلك إلى البائع لم ينقذ اجازته بعد ما ملكه قطعاً (٢) - قال الشيخ أبو محمد الجويني (٣) - هكذا الحكم عندنا إذا

(١) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز - الراسي ١٢٢/٨، والمجموع للمنووي ٢٨٢/٨ - ٢٨٣.

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز - للرافعي ١٢٢/٨، ١٢٣، والمجموع - للوحي ٢٨٢/٨.

(٣) هو: عبد الله بن يوسف بن حبيب بن عبد الله أبو محمد الجويني والد إمام الحرمين وأحد زعماء علياً رضيهما، وفشفا زائداً، كان يلقب بركس الإسلام له الصفة السابعة باللقب، والأصول والتحريم والتفسير والأدب، وله تصانيف منها التفسير الكبير والصغير، والفتاوى، توفي سنة ثمان وثلاثين وأربع مائة.

انظر: طبقات الشافعية ٢٠٨/٣ - ٢١٩، شذرات الذهب ٢١١/٣ - ٢١٢، معجم المؤلفين - عمر رضا

كحالة ١٦٥/٦.

فزعنا على القول القديم، وتبعه على ذلك ولده امام الحرمين^(١) ومن بعده من الأصحاب.

وقال امام الحرمين:

ثم اذا صححنا العقد في القديم فخرج في صحته، بيد ان الملك لا يحصل الا عند الاجازة، ولو وهب واقبض، لم يحصل الملك، فلذا اجاز الملك استجلبت الاجازة حصول الملك، ولم يتقدم الملك عليها تيباً واستاذاء هذا ما اراه وليس يخرج في هذا القول الغريب ان الهبة اذا تأكدت بالقبض فبين ان الملك استند إلى حالة الهبة وذكر^(٢) قبل ذلك ان اصل وقف العقود^(٣) سائل.

احداهما: بيع القضيبي المتقدم ذكره.

والثانية: اذا غصب اموالاً ثم باعها وتصرف في ائتمانها بعد اخرى، ففيه قولان: اصحهما: بطلان الكل.

والثاني: ان للمالك ان يبيزها ويأخذ الحاصل منها، والخلاف في هذا مرتب من الخلاف الاول، ويزداد شدة وسعة ما فيها من عسر يتبع العقود الكثيرة بالقبض والابطال ورعاية مصالحه للمالك^(٤).

قال الامام والقولان نصي عليها في كتاب (الخصوب)، يعني من كتبه الجديدة، قال الرافعي: وعلى هذا الخلاف ينتهي^(٥) الخلاف في ان الغاصب اذا ربح في المال المغصوب يكون المربح له، أو للمالك ذكره^(٦).

(١) هو عبد الملك بن محمد بن يوسف بن عبد الله بن يوسف الجرجسي التيبسوي الشافعي المعروف باسم الحرمين، ابو الفاي، فقيه، اصري، متكلم مفسر، فقيه، محقق، أحد الائمة الاعلام، له مؤلفات عديدة، ابرهان في اصول الفقه ونبأه المطلب في دواية المذهب في الفقه، توفي سنة ثمان واربعمائة واربعمائة. انظر: طبقات الشافعية ٣/ ٢٤٩ - ٢٨٣، ذخرات الذهب ٣/ ٣٥٨ - ٣٦٢، معجم المؤلفين ٦/ ١٨٤.

(٢) في الرافعي وانظر: الاشياء والنظائر للسيوطي ٢٨٥.

(٣) قال السيوطي: وهي أي الخلاف في مسألة الذنب الذي يربى منه في بيع الغصوني لما فيها من عسر تتبع العقود لكثرة بطلان.

انظر: الاشياء والنظائر من ٢٨٦، وعجالة النسخة لا تتجسس لاسا فليته مع فرامة تقريبية، مع الفراجة للمصنف السابق.

(٤) انظر: فتح العزيز ١٢٣/ ١ - ١٢٤، والمجموع للذوي - ٢٨٤/ ٣.

(٥) في فتح العزيز ١٢٤/ ٨.

(٦) انظر العزيز شرح للوجيز - للرافعي - ١٢٤/ ٨.

والمسألة الثالثة: إذا باع مال أبيه^(١) على ظن أنه حي، وإن البائع فضولي بأن أنه كان حياً^(٢) يومئذ وإن المبيع ملك البائع^(٣) وفيه قولان مشهوران في الطريقتين، ١/٩٩.

وأصحهما عندهم صحة البيع، لصدوره من المالك^(٤) ذكرهم كالمطيقين على ذلك، قال الغزالي^(٥) لا تحبس البيع^(٦)، لأنه لم يقصد باللفظ قطع الملك، ولأن هذا العقد وإن كان متجزاً في الصورة فهو في المعنى معلن.

والنقد: أن مات مورثي فقد بيعت، والغافل بالصحة لا يمنع لكونه معلقاً في المعنى، بل والعاقلة قطع بالبيع وصداق ملكه ولايه، وعلى ذلك ما إذا أخرج زكاة مال مورثه، وهؤلاء يعتقدونه، ثم بأن أنه كان قد مات، وحال الحصول عليه في ملكه. لأن النية في الزكاة لا بد منها، ولم تكن حيازمة حالة الانخراج وفي المبيع لا حاجة إلى النية^(٧) وذكر الرافعي أن الخلاف في هذه المسألة قريب من الخلاف في أن بيع المازل هل ينمقد؟

وفيه وجهان، ومن الخلاف في بيع التلجئة، وصروته:

أن يجاف غصب ماله أو الإكراه على بيعه فباعه من النسيان بيعاً مطلقاً، ولكن توافقا قبله على أنه لدفع الشر على^(٨) حقيقة البيع، وظاهر المذهب انمقاده.

وفيه وجه^(٩) قلت ويشتان على القولين في أصل المسألة عن شيء، وهذا إذا علمنا لا يصح بيع من باع مال أبيه ظاناً بحياته، وكان ميتاً فهل يشترط في البيع لقرتب^(١٠) ذلك

(١) في فتح العزيز ١٦٤/٨، وأبى، وفي الإنشاء والنظائر ٢٨٥ وفيه.

(٢) في فتح العزيز والروضة والمجموع (البلد).

(٣) في فتح العزيز والمجموع والروضة (العقد).

(٤) في فتح العزيز ١٦٤/٨، والمجموع ٢٨٣/٨ - ٢٨٤، وروضة الطالبين للذوي ٣٥٥/٣، والاشباه والنظائر للسيرافي ٢٨٥.

(٥) هو: حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي المعروف بالغزالي متكلم، لقب، أصولي، صوفي، مشارك في التواضع من العلوم، صاحب المصنفات منها: السلفي، والمنصور في أصول الفقه، والرجز في الفقه وغيرها. توفي سنة خمس وخمسة.

انظر: سير اعلام النبلاء ١٩/٣٢٢ - ٢٢٩، طبقات الشافعية ٤/١١١ - ١٨٢، مجمع الزوائد ١١/٢٢٩ - ٢٦٧.

(٦) انظر: الوجيز ١/١٣٤، ومع فتح العزيز ٨/١٢٩.

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز - الرافعي ٨/١٢٤.

(٨) في فتح العزيز والمجموع لا على.

(٩) انظر: فتح العزيز ٨/١٦٤، والمجموع ٨/٢٨٤، وروضة الطالبين ٣/٣٥٥، والتمهيد للاستوي ١٢٩.

(١٠) كما في المختار.

شرط زائد على الشروط المعروفة فيقال: شرط البيع أن يكون طاهراً، منتفعاً به، مفقوداً على تسليمه، معلوماً عند المتعاقدين، مخلوفاً عن وقع العقد له، معلوم للملكية.

أو يقال هذا الشرط يرجع إلى خلل من الصيغة، لأنه لم يقصد بها معناها ولا يرجع إلى البيع شيء والظاهر الاحتمال الثاني وهذا شبهه الرافعي ببيع المأزلة^(١)، ويؤيده ما قاله الإمام أنه لو باع مالا يظنه لنفسه فكان ملك أبيه وكان ميتاً عند العقد صح بلا خلافه فلم يميز فيه ذلك القول لما كان يظنه لنفسه.

قال الرافعي وغيره: لبعد ذكر هذه المسائل الثلاث والخلاف فيها، القولان في هذه المسائل يعبر عنها بقول^(٢) بوقف العقود^(٣) حيث يقول أصحابنا الحرسانيون فيه قولان وقف العقود وإراداً^(٤) هذين وسميا بذلك لأن الخلاف راجع إلى أن العقد هل ينقذ على التوقف أم لا ينقذ ويكون باطلاً من أصله^(٥)؟

قلت: وهذا الكلام يشكّل ولا يهني^(٦) في بيع الإنسان مال أبيه على ظن حياته ويكون ميتاً حالة العقد لأن من يصححه لا يقول أنه موقوف على علمه بموت أبيه وأجازته أياه بعد ذلك. بل المائل قائلان:

أحدهما قال: بأنه يصح من حين التلفظ بالعقد.

والآخر قال: بطلانه غير متوقف على الإجازة.

وذلك بخلاف المسائلين الأولتين، فإن الخلاف فيها راجع إلى أن العقد بطل من أصله أو ينقذ موقفاً على الإجازة، وهذا كان الأصح في حائتي المسائلين عدم الانعقاد، وفي مسألة بيع مال أبيه على ظن حياته: الانعقاد.

ويتحرر من ذلك أن الوقف فيها على قسمين:

وقف تين، ووقف انعقاد، فالوقف في مسألة بيع الإنسان مال أبيه على ظن حياته وقف تين.

وذلك لا يضر على الأصح وهو أن يكون العقد في نفسه صحيحاً أو باطلاً ونحن لا نعلم ذلك، ثم يتبين أنه كان صحيحاً أو باطلاً لعدم مصرفتنا لا بضر والاعتقاد على

(١) - نظر: التفصيل في مسألة بيع المأزلة في المجموع المأزول، ١٨٤/٨.

(٢) - فتح العزيز والمجموع (بخلاف).

(٣) - انظر: فتح العزيز شرح الرزوي - للرافعي - ١٧٤/٨.

(٤) - في المجموع والروضة (دار الحديث) وهو الصواب.

(٥) - انظر: المجموع ٢٨٤/٨ وروضة الطالبين للمؤلف ٣/٣٥٥.

(٦) - كسبة غير واضحة في النسخة ولعلها هي التمهيد.

ما في نفس الامر . واما في مسألة بيع الفضولي فقد تقدم ان الامام والرافعي قالا : ان الصحة ناجزة وان المتوقف على الاجازة الملك فقط^(١) والذي قاله الاكثرون فيه ان الصحة موقوفة على الاجازة فلا يحصل الا بعدها فتكون الاجازة مع الايجاب والقبول ثلاثتها اركان العقد وهذا هو الراجح لان ملك المالك لهذا البيع مستقر ونقل الفضولي له من ملكه بغير ولاية ولا نيابة على خلاف القواعد ، وما دل عليه قوله **فقط** ^(٢) انه لا يحمل ملك احد الا بطيب نفسه^(٣) .

فاذا قلنا بنفوذ تصرف الفضولي فلا ريب في ان الاصل دوام ملك المالك له حتى عين هذا العقد ، فكيف يقال برجوع والصحة دون ذلك ، وهذا بخلاف البيع في مدة الخيار ، لان تعاطي البائع فيه العقد ليس على خلاف القواعد ولذلك كان الملك فيه للمشتري على احد الاقوال ، والمتوقف على انقضاء الخيار للزوم وهذا تحكم فيها اذا كان الخيار لواحد منها ان الملك حاصل لمن له الخيار ، وقد قال محمد بن الحسن^(٤) في بيع الفضولي بقول الامام والرافعي : ان الصحة ناجزة والمتوقف على الاجازة الملك وهو مشكل كما بيناه . وعند ابي حنيفة وابي يوسف^(٥) ان الملك حاصل في بيع الفضولي وان معنى الوقف فيه الابطال اذا وده المالك وهذا قوي في الاشكال من الذي ١٠٠ / ب قبله ويلزمهم على مقتضا ان المالك اذا لم يجوز ولم يرد يتنقل الملك إلى المشتري وما اظنهم يسعون بهذا .

فقد تحصلنا في الوقف على مراتب :

احدها : وقف الملك في مدة الخيار فان الصحة فيه ناجزة قطعا وعلى قول الوقف انما هو في ان الملك في تلك المدة لمن هو .

(١) انظر : المجموع ٢٨٤/٨ ، روضة الطالبين للنووي - ٣٥٥/٣ .

(٢) اخرج به الامام احمد في مسنده ٧٢/٥ ، ١١٣ . وذكره الهيثمي بلفظ ولا يحمل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ، قال رواه ابو يحيى وابو مره ، وثقه ابو داود ، وضعفه ابن معين ، وذكره اللالكائي اخرى مقاربه له .

انظر : مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ١٧١/٤ - ١٧٢ .

(٣) هو : محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني الحنفي ابو عبدالله ، فقيه ، مجتهد ، محدث ، فاضل الفقه ، ولفقه العصر ، جالس الامام ابو حنيفة سين ، وثقه على ابي يوسف ، له مؤلفات منها : الجامع الصغير والكبير - توفي سنة تسع وثمانين ومائة .

انظر : تاريخ بغداد ١٧٢/٢ - ١٨٢ ، شذرات الذهب ٣٩١/١ - ٣٩٤ ، معجم المؤلفين ٢٠٦/٩ - ٢٠٧ .

(٤) هو : يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الانصاري ، البجلي ، البغدادي ، ابو يوسف القاضي القضاء صاحب ابي حنيفة ، الفقيه ، المجتهد ، توفي سنة اثنين وثمانين ومائة ببغداد .

انظر : تاريخ بغداد ٢٤١/١٤ - ٢٤٢ ، شذرات الذهب ٢٩٩/١ - ٣٠١ ، معجم المؤلفين عمر ورضا كحاله ٢١٠/١٣ .

وثانيها : بيع الانسان مال ابيه على ظن انه حي فافاء هو ميث والوقف فيه وقف تبين لا وقف انعقاد كما تقدم .

وثالثها : بيع الفضولي ونصرفات الغاصب في المنصوب وابداله ، والوقف فيها انما هو في الاعتماد على الراجح الذي قاله الاكثرون من اصحابنا .

لا في التبين وهو في مسألة الغاصب اقوى منه في بيع الفضولي . لما في تباع تصرفات الغاصب من العمر والمشفقة . وعلى قول امام الحرمين والغزالي : يكون الوقف بالنسبة إلى الملك فقط والصحة ناجزة وفيه ما تقدم^(١) .

وقم هنا مراتب اخر مما قيل فيها بالوقف :

احداها : الراهن يمنع من كل تصرف في الرهن بيزيل الملك كالبيع والمبة أو قبيل الرغبة^(٢) كالترجيع وما فعله من ذلك بغير اذن المرتهن فهو باطل نقل على المشهور . وعلى قول وقف العقود تكون هذه التصرفات موقوفة ، فان اجزاء المرتهن أو فلك الرهن تبين نفوذها ، والا فلا ، وهذا اولى بالصحة من بيع الفضولي . فان الوقف فيها مع وجود السبب وقبام المانع اولى منه مع عدم السبب وهو الملك المختص لصحة التصرف^(٣) وقال^(٤) : امام الحرمين إلى تحريم ذلك على القرين في تصرفات المسالين الا في ذكرهما وهما في الجديد . قال ولا نظر إلى كون حجر المفلس جرى من غير اختيار المحجور عليه بخلاف الرهن والوجه التسوية بين اليايين .

وثانيها : تصرف المفلس في شيء من اعيان ماله المحجور عليه فيه بالبيع والمبة والكتابه ونحو ذلك بدون اذن فيه .

قولان منصوصان في الجديد أصحهما : ان ذلك باطل ، والثاني : انه موقوف فان فضل ما تصرف فيه عن الدين يارتفع القيمة أو ابراء بعض الغرماء بان تصرفه من حين تصرفه ، والا تبين بطلانه^(٥) .

هذه عبارة كثير من الاصحاب ويكون الوقف على هذا وقف تبين كما بيع مال ابيه ظانا حيا .

(١) المجموع لعلم النووي - ٢٨٤/٨ .

(٢) في الاشياء والنظائر للسيوطي ص ٢٨٦ وأدوا ما يقلل الرغبة كالتزويج .

(٣) انظر : الاشياء والنظائر - للسيوطي - ٢٨٦ .

(٤) كذا في المخطوطة والصواب (ومال) .

(٥) فتح العزيز ٢٠٤/١٩ ، والاشياء والنظائر ٢٨٦ .

وقال الرافعي : « وإن شئت قلت هذه التصرفات غير نافذة في الحال فإن فضل ما تصرف فيه وانفك الحجر فهل يتخذ حيثنذ فيه قولان^(١) : وهذه العبارة تقتضي أن الوقف ليس وقف تبين بل وقف اعتقاد^(٢) .

وروجه الغزالي بتقدير تصرف المقلس بأن البيع صدر من أهله ومصادف عمله ، وكنا نظنه دافعا لحق لا سبيل إلى دفعه ، والآن فقد تبين أنه لم يحصل به دفع محذور وبهذا التوجيه يتبين ما قاله إمام الحرمين أن هذا الوقف زائد على الأصناف المتقدمة في المسائل الثلاث المذكورة أولا ، وهو كما قال . لأن بيع الفضولي والخاصب لم يصدر من أهله ، وبيع ما يظنه الأب في الظاهر كذلك ، وفي الباطن بخلافه ، وبيع المقلس في الظاهر والباطن صادر من أهله ولأن كونه دافعا لحق الغريب مجهول مرتقب ، فاشبه تصرف المرتين وهي المرتبة الثالثة ، فإن تصرفات المرتين بالمحاباة قبا يزيد على قدر الثلث فيها قولان :

أحدهما : أنها باطلة والأصح أنها موقوفة فإن اجاز الوارث ذلك نعد والا بطل ، وهذا أولى بالصحة من تصرفات المقلس ، فإن تصرفات المرتين جائز له في الحال اعتقادا على بقاء الحياة ، والمقلس ممنوع من التصرف لمزاعمه ، فأشهر الحجر لأجله ، وأيضا فالوقف في المريض إنما هو على تقدير الموت وضيق الثلث عنه ، وذلك أمر مستقبل يخلاف تصرف المقلس فإن المانع قائم حالة التصرف ، فإذا عرفت هذه المراتب في الوقف فنذكر ما ثبت استحضاره من مسائل الوقف في المذهب وتبين في كل واحدة إلى أي مرتبة رجع ، وقد تقدمت الإشارة إلى قول الوقف في ملك المبيع في مدة الخيار ، والخلاف فيه منتشر في الطرق .

وحاصله : أن الخيار إن كان للبايع فالأظهر بقاء الملك له ، وإن كان للمشتري فالأظهر انتقال الملك إليه ، وإن كان الخيار لها :

فالأظهر : أن الملك موقوف ، فإن تم البيع تبينا أن الملك انتقل إلى المشتري بنفس العقد ، وإن قسح تبينا أن الملك باق للبايع لم يزل عنه . ومنها : ملك الموصي به في الوصية وفيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يملك بالموت ، وبه قال أبو ثور .

والثاني : أنه يملك بالتبيل بعد الموت .

والثالث : وهو الأصح أن الأمر موقوف .

(١) فتح العزيز شرح الرافعي - ٢٠٤/١٠ .

(٢) انظر : الأشباه والنظائر - للسيوطي - ٢٨٦ .

فإن قيل تبين أنه ملك من حين الموت ، ولا تبين أنه كان ملكاً للمواريث من يومئذ^(١) وهو اختيار المزني^(٢) ويتوجه بضعف ١٠٢/١ للفولين الأولين فإن الحكم بانتقاله بالموت يرد عليه الاتفاق على أنه يرتد برده فلو كان كالميراث لما ارتد برده ولكن انتقاله إلى الوارث حيث ، بطريق الهبة من الموصي له لا بطريق الإرث ، وأما الملك بالتقيد بمجرده ، فاما أن يكون التقيد للميت أو للمواريث والأول باطل لأن الميت بعد الموت لا يقع له الملك ، والثاني يلزم منه أن يكون الموصي له يتلقى ذلك عن الوارث لا عن الموصي ، وهو بعيد جداً ، لأن الله تعالى أنشأ الإرث من الوصايا بقوله ﴿ومن بعد وصية يوصي بها أو دين﴾^(٣) .

وإذا بطل التحريم بكل واحد من الأمرين نعين القول بالوقف ، وهو راجع إلى وقف التين .

زوال ملك المرقدة : ومنها زوال ملك المرقدة عن أمواله بالردة وفيه ثلاثة أقوال .

أحدها : أنه يزول بنفس الردة .

والثاني : أنه لا يزول .

والثالث : وهو الأصح - الوقف - .

فإن قيل بأن زوال ملك من ارتد وإن عاد إلى الإسلام ، تبين أنه لم يزول ، وهذا من وقف التين أيضاً ، فوجهه بأن حبس عمله يتوقف على هلاكه مرتداه فكنملك زوال ملكه^(٤) .

ومنها إذا احتق أحد الشريكين نصيبه وكان موسراً فمضى يعتق نصيب شريكه فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : يعتق بمجرد اعتناق الشريك المومر نصيبه .

والثاني : لا يعتق إلا بإداء قيمة نصيب الشريك .

(١) الوجيز ٢٧٤/١ ، فتح العزيز ٤٢٣/٨ ، والأشبه والنظار للسيوطي ٢٨٦ .

(٢) هو - اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو المزني القصري صاحب الإمام الشافعي - غير إبراهيم ، فقيه ، ٤٥٤هـ ، كان زاهداً وعالماً .

ومن مؤلفاته : المختصر - المعروف - والمظهور ، والسائل المستعبر ، والترغيب في العلم وغيره . توفي سنة أربع وستين ومائتين .

أخضر : مذهب الأسياء واللطعات ٢٨٥/٦ ، شذرات الذهب ١١٨/٢ ، معجم المؤلفين - عمر وما كماله - ٢٩٩/٢ - ٣٠٠ .

(٣) النساء : ١٢ .

(٤) الظر : روضة الطالبين للنووي ٧٨/١٠ (طبع في مكتب الإسلامي) .

• الكلام له بيع الفضولي •

والثالث : الرقبة ، فإن أدى القيمة بأن أنه عتق من وقت اللفظ ، وإن مات ذلك تبيناً أنه لم يعتق ، وصحح الرافعي وغيره القول الأول وعلى القول بالوقف هو من وقف/ التبين أيضاً ، ١٠٢/ب .

ومنها قال الرافعي : بعد ذكره المسألة المتقدمة إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي وكان ميتاً .

ويجري الخلاف فيها إذا باع العبد على ظن أنه أبى لمكاتب وكان قد رجع العبد أو فسخ الكتابه^(١) وما^(٢) إذا زوج أمه أبيه على ظن أنه حي ثم بان أنه مات هل يصح النكاح ؟ .

فإن صح فقد نقلوا وجهين فيها إذا قال إن كان مات أبي فقد زوجته هذه الجارية^(٣) وقال النووي^(٤) : «الأصح في هذه المسألة البطلان»^(٥) يعني لوجود التعلق فيها صرحاً ، وقال الرافعي بعد ذكرهما : «وهذا يضمن توجيه قول البطلان» .

يعني في مسألة بيع مال أبيه على ظن حياته وباتته وإن كان منهزماً في الصورة ، فهو معلق في المعنى ، لا لا تجعل هذا التعليق مفسراً وإن نصح به على رأي فيما ظنك بتقديره»^(٦) .

ومنها : لو اشترى لغيره على ظن أنه فضولي ، فإن أنه كان قد وكله في ذلك ذكرهما النووي .

وقال : الأصح فيها الصحة كما في نظيرها في البيع .

ومنها : إذا وكله في تصرف وقلنا : لا تنوقف الوكالة على القبول وأنه يكون وكيلاً قبل بلوغ الخبر إليه ، فتصرف قبل بلوغ الخبر ، ففيه هذا الخلاف بعينه يبلغ واضح .

(١) انظر : التمهيد للاستدوي ٦٥ .

(٢) في فتح العزيز (وغيره) .

(٣) انظر : فتح العزيز ١٢٤/٨ ، وأيضاً ١٢٤/٨ ، وأيضاً روضة الطالبين ٣/٣٥٥ .

(٤) هو : يحيى بن شرف بن حري بن حسن ، أبو زكريا ، حفي الدين النووي ، محدث حافظ ، فقيه لغوي ، زاهد ، ولد في الحرم سنة إحدى وثلاثين ومستمائة يسكن من أعمال حوران كان يقرأ كل يوم ألفي عشر دوساً على اللطائف شرحاً وتصحيحاً ، وله مشيخة دار الحديث (بالشام) بعد شهاب الدين أبي شامة ، له عدة مؤلفات منها المجموع في شرح للمذهب وغيره . توفي في رجب سنة ست وسبعين ومستمائة .

انظر : طبقات الشافعية ١٦٥/٥ - ١٦٨ ، شذوذه الأذهاب ٢٥٤/٥ - ٢٥٦ ، معجم المؤلفين - عمر رضا كحالة ١٢/٢٠٣ .

(٥) انظر : المجموع للنووي ٢٨٤/٩ .

(٦) فتح العزيز شرح الوجيز - الرافعي ١٢٤/٨ .

ومنها: إذا عامل العبد المأثور من عرف رقه ولم يعرف كونه مأثوراً له في التجاره، فيه هذا الخلاف أيضاً ذكره الرافعي (١) ومنها حكى الحلبي (٢) قولين: فبأن إذا كذب مدعي الوكالة ثم عامله فظهر صدقه في الوكالة (٣) وهو قريب من الخلاف في بيع المازن / ١٠٣/أ.

ومنها: لو باع الواهب ما وهبه من انسان آخر قبل القبض قال الشيخ أبو حامد (٤) . إن كان يعتقد أن الهبة لا تتم إلا بالقبض بطلت الهبة وصح البيع، وإن كان يعتقد تمامها وانتقال الملك بنفس العقد ففي صحة البيع قولان كالقولين فيها لو باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت.

قلت: وعلى هذا فروع هذه المسألة إلى بيع المازن متجه.

ومنها: لو زوج امرأة المفقود فيبان أنه كان ميتاً وقد انقضت عدتها فيه قولان . والأصح الصحة كما في نظيرها من البيع . وقد قللوا في نكاح المازن الأصح : البطلان . والفرق بينهما مئذج .

ومنها: لو زوج ابنته المجبرة وهي لا تعلم موجبات الصحة من الكفاية وغيرها ثم بان أنها موجودة .

ومنها: لو اعتق عبد مورثه وهو لا يعلم انتقاله إليه ثم بان ذلك، بالشهور: القطع بنسرة العتق بونه، وبه يجزم الإمام في باب الشك في الطلاق، لكن حكى الغزالي في الوسيط: إن الإمام حكى وبها أنه لا يتقد.

ومنها: لو أبرأ وهو لا يعلم أن له عليه ديناً، فإذا له عليه دين في نفس الأمر فإن قلنا أن الأبراء اسقاط: صح - قطعاً . وإن قلنا هو عليك فوجهان: يتخرجان على هذه القاعدة.

ومنها: ما إذا كان لمورثه عن رجل دين، فقال: أبرأتك من الدين الذي لمورثي عليك، وكان المورث قد مات وهو لا يعلم . يخرجها الأصحاب على هذه القاعدة وفيه

(١) انظر: فتح العزيز ١/٢٨٨، حيث يقول: ولو عامل المأثور من عرف رقه ولم يعرف أنه، ثم بان كونه مأثوراً، فهو ملحق عند الأئمة بماذا باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت.

(٢) هو: الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم، أبو سيدة الحلبي، أحد كبار أئمة الشافعية، محدث، وروى عنه الحاکم، له مصنفات منها: المراج في شعب الإيمان، آيات الصلاة، توفي سنة ثلاث وأربعين.

انظر: تذكرة الحفاظ ٣/١٩٩، طبقات الشافعية ٣/١٤٧ - ١٥٠. نشرات الذهب ٣/١٦٧ - ١٦٨.

(٣) انظر: قوله هذا في فتح العزيز ١/٢٩٩.

(٤) هو حجة الإسلام محمد الغزالي وقد سبق ترجحه

نظرة، لأن قيد الإبراء بانه لم يملكه له حالة الإبراء بل كان للمبريء، فالذي أبراه ١٠٣/ب منه لا يمكن والذي ملكه لم يبرئه منه.

نعم ثلث هذه الصورة إلى قناعة أخرى للأصحاب وهي ان الصفة هل هي للتوضيح أو للاشتراط؟.

وفي المذهب خلاف في مسائل ترجع إلى هذا ليس هذا موضع ذكرها فان قلنا الصفة للتعريف يرى، وان كان الوصف للاشتراط لم يبرأ منه.

ومنها: اذا استأجرت المريض الذي لم يتحقق عظمه^(١) من يبيع عنه فحجج، ثم بان آخر الأمر انه كان حالة الحج عنه معضوبا، فهل يجزئه عن حجة الاسلام؟.

فيه خلاف: ورجوعه إلى وقف التبيين ظاهر، لكن الأصحاب رجحوا القول بعدم الإجزاء، لأن العصب لم يكن متحققا حالة الاستنابة إذ يجوز ان يكون المرض زاد بعد ذلك حتى حصل العصب، وشرط الاستنابة وجود العصب فيما لم يتحقق الشرط لم يقع الموقع^(٢).

ومنها: بيع العبد الجاني جنائية توجب المال متعلقا برقبته من غير اختيار الفداء والسيد والبايع موسر وفيه ثلاثة أقوال:

أصحها: انه لا يصح البيع.

والثاني: انه يصح ويكون السيد البيع مختارا للفداء.

والثالث: حكاه صاحب التتمه عن بعض الأصحاب تحريما: ان البيع موقوف فان فداء السيد نفذ والا فلا. وعلى هذا يكون الوقف من وقف الانعقاد لا من وقف التبيين. نعم: هو من جنس الوقف في بيع القفل لأن المنع منه لحق الغير وكذلك بيع المرهون كما تقدم^(٣).

ومنها: اذا اعتق السيد الموسر هذا العبد الجاني قبل اختياره الفداء وفيه ١٠٤/أ ثلاثة أقوال: أصحها: الصحة لقوة العتق، وثالثها: ان العتق موقوف فان فداء السيد تبين نفوذه والا فلا، وهو صحيح من الوقف المشار اليه^(٤).

(١) المضروب: المشلول شللا قليا واقعدا، المرغى عن الحركة

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الرجيز ٤٢/٧.

(٣) انظر: فتح العزيز ١٣١/٨ - ١٣٢.

(٤) انظر: فتح العزيز ١٣٠/٨ - ١٣٢.

ومنها: إذا عتقت الأمة تحت عبد فلها الخيار في فسخ النكاح ومرد على الفور، فإن كان طلقها طلاقاً رجعيًا فتعت في العدة. فالمشهور أن لها الفسخ لتقطع سلطنة الرجعة. وفي إسماعيل أبي الفرج السرخسي^(١) وجهه عن صاحب التقريب أن الفسخ موقوف فإن راجعها نفذ والا فلا.

ومنها: إن هذه إذا اجازت النكاح وهي في عدة الطلاق الرجعية، فهل لها الاجازة؟

فيه وجهان:

أصحها: أنه لا اثر لذلك.

والثاني: أنه ينفذ.

وحكى الغزالي عن بعضهم: أنه أخرجه على وقف العقد، إن راجعها: نفذت، والا لفت.

ومنع امام الحرمين: صحة هذا النسخ قال: لأن شرط الوقف: أن يكون مورد العقد قابلاً لمقصود العقد، ألا ترى أن بيع الخمر لا يوقف إلى أن يتخلل وهي على حلها غير مستحيلة.

ومنها: إذا ثبت لها خيار الفسخ بالعتق فطلقها الزوج طلاقاً وباتناً فقولان: أحدهما: ويمكن عن نصه في الأم أن الطلاق موقوف إن فسخت وإن الطلاق لم يقع وإن لم تفسخ تبين أنه قد وقع لأن تنفيذه في الحال يبطل حقها من الفسخ فينتزع، واستشهد له بأنه إذا طلقت في الرده يكون الطلاق موقوفاً وكذلك ما هنا.

والثاني: نص ع في الأملاء: أنه يقع هذا الطلاق لمصادفته النكاح، ويبطل به الخيار، وصحة الرأعي وغيره، وقرق بينه وبين الطلاق في حال الرده/ بأن الانفاخ بالردة ١٠٤/ب يستند إلى حالة الرده فتبين أن الطلاق لم يصادف النكاح، والفسخ بالعتق لا يستند إلى ما قبله.

ومنها: لو طلق الزوج المغيب قبل فسخ الزوجة بعينه، فيه هذا الخلاف بعينه، وحقيقة الوقف في هاتين المسألتين يرجع إلى وقف الانعقاد ولا إلى وقف التبين، وبه يعرف أن القول بهذا الوقف عما نص عليه، في الجديد، لأن القول به مخصوص عليه في الأم كما ذكرناه.

(١) هو عبد الرحمن بن أحمد بن أحمد بن عبد الرحمن، أبو الفرج المروزي، السرخسي المولود بالزواي المذكورة. أحد أئمة الإسلام، ومن ضرب به المثل في الاتفاق في حفظ مذهب الشافعي. من تصانيفه: التعليق والأساس، توفي سنة أربع وتسعين وأربعمائة.

انظر: طبقات الشافعية ٣/٣٢٦ - ٢٢٣، شذرات الذهب ٣/٤٠٠ - ٤٠١. معجم المؤلفين عمر رضا كحالة ١٢١/٥.

• الكلام في بيع النضوي •

ومنها : ما قاله الغزالي في نكاح المشركات فيها لو أسلمت أمة تحت عهد فتمتعت ، فلها تأخير الفسخ لاستظهار إسلامه ، فإن فسخت نقذ ، ولثأدته كون عديتها من حين الفسخ لو أسلم وان اجازت قال انه بين على وقف العقود .

قال الرافعي : لا يقيد صحة هذا الوقت الا على تقدير اسلام الزوج اما لو ائخر فلا يتصور اقامة المسلمة تحت الكافر .

ومنها : اذا أسلم مع أربع وتخلفت أربع ومن وثبتت ، فعين الاوليات الثلاث اسلمن معه للفسخ لم يصح على الراجع .

وقيل : انه يصح موقوفاً فان اصررن على الكفر انقضت العدة تبين بقوله الفسخ في الاوليات ، وتعينت الاخرى بالنكاح - قال الرافعي : وهذا الوجه مأخوذ من الخلاف في وقف العقود ولو عين الأربع والمتخلفات للنكاح لم يصح الا على وجه الوقف ، ولو أسلم على ثمان فاسلمن على ترادف وهو يخاطب كل واحدة بالفسخ / عند اسلامها تعين الفسخ ١٠٥ / للأربع المتأخرات وعلى وجه الوقف تعين للأربع المتعلقات .

ومنها : خلع المرتدة موقوف فان عادت إلى الاسلام قبل العقد صح وان ائخرت تبين البطلان .

قال الغزالي : وله التفات إلى وقف العقود ، وقد اختار المتولي^(١) انه يصح ، لأن المعارضة تقتضي الملك في العقود عليه وهي كالتزاتة عن ملكه ، ولذلك يحكم بالفرق من حين الردء اذا لم تعد في العدة إلى الاسلام .

ومنها : الوكيل بالبيع مطلقاً يتقيد بشمن المثل من نقد البلد حالاً ، فلو خالف بطل ، وفيه قول انه يصح موقوفاً على إجازة المالك .

قال الرافعي : وهذا القول هو المنقول في بيع الفضولي .

ومنها : اذا قلص زوجته وقد ارتد بعد الدخول فلا عن في عدة^(٢) العدة فاللعان موقوفه ، فان عاد إلى الاسلام في مدة العدة كان اللعان واقعاً موقعه ، لانه وقع في صلب النكاح وان اصر على الردء حتى انقضت تبين وقوعه في حال البينونة ، فان كان هناك ولد ونفله باللعان فهو ناقد ، والا فقد تبين لفساده ، وفي انتفاع حد القذف وجهان ، والاصح انه لا يتدفع ، وبني الشيخ أبو محمد هذا الخلاف على تردده في ان الجارية في العدة لتبديل الدين سبيلها اذا تبين ارتفاع النكاح سبيل الرجعية أو سبيل البائنات - قال الرافعي :

(١) وهو صاحب التمسك وقد تقدمت ترجمته

(٢) كذا في المخطوطة والصواب مدة .

وقضية هذا البناء ان يقال هل تبين فساد اللعان وتريد احكامه: فيه خلاف: ولا يقصر النظر على انه هل يتدفع / به الحد ١٠٥ / ب وقال الامام: قد اطلقوا ان له اللعان في حال الزنه وكان يجدر ان يوقف امر اللعان إلى ان يعود إلى الاسلام او يصير.

ومنها: لو كاتبت العبد كتابه فاسده ثم اوصى به وهو يعتقد صحة الكتابه - ففي صحة الوصية قولان، حكاهما البندنجي (١) وقال: هما اصل وقف العشرة - قلت: هما القولان فيها لزوم مال ابيه على ظن انه حي وكان ميتا، ومقتضى ذلك ان يكون الاصح الوصية ولا نظر إلى اعتقاد الموصي.

ومنها: اذا نكحت المفقود زوجها بعد مدة التريص بطريقه، وقد حكم الحاكم به ثم بان الزوج كان ميتا وقت احكم بالفرقه. فان فرعنا على القديم والنكاح صحيح أو الفرقة في هذه الحالة، نحصل باطنا وظاهرا، وان فرعنا على الجديد فوجهان:

- بناء على وقف العقود - والظاهر ان الاصح كما لزوم مال ابيه على ظن انه حي.

ومنها: اذا ارتابت المطلقة بالحمل بعد ما اعتدت بالاقراء أو الاشهر ثم نكحت بعد الارتباب، وفيه طريقان: اصحهما: ان هذا النكاح حاصلا موقوف فان بان كونهما حاملا تبين صحته، وان بان انها حامل بان بطلانه وهذا ما نص عليه في الام والخنصر.

والثانية: فعلى قولين لانه نص في موضع آخر على بطلان النكاح، وذكر جماعه انها مبنيان على القولين في وقف العقود.

واعترض الشيخ أبو علي (٢) على ذلك بأن القول يوقف الموقوف قسما، والوقف ما هنا منقول عن الجديد وفي هذا الاعتراض نظر من وجهين:

أحدهما: ان هذا الموقف يمكن تنزيهه على وقف التبين وهو منصوص عليه في الجديد كما تقدم في مسألة ما اذا باع مال ابيه على ظن انه حي والوصية بالعبد المكاتب كتابه فاسده كما ذكرناها قريبا.

(١) هو الحسن بن مهنا، انقضي أبو علي البندنجي من أصحاب الشيخ أبي حنيفة وله عنه تليفه مشهور، كان صالحا ورواه، حافظا والدينا، ومن كتبه: الذمعة لاهاء نزلت سنة خمس وعشرين وأربع مئة. انظر: تاريخ بغداد ٣/٣٤٣، طبقات الشافعية ٢/١٣٣، معجم المؤلفين ص ٢٥٨٨/٣.

(٢) كذا في المخطوطة ولعل الضرب وكوبها.

(٣) هو: الحسن بن قاسم أبو علي السعدي، شيخ الشافعية ببغداد، فقيه، اصولي، متكلم صنف التصانيف كالحرر وهو أول كتاب صنف في الخلاف المجرد، والافتاح في اللعب، وأمدد الفقه.

• الكلام في بيع النكاح •

والثاني: انه وان كان وقف انعقاد فقد تقدم نص الشافعي في البويطي على وقف الانعقاد ان صح حديث عروة البارقي، وهو من نصروحه الجديدة ويكون وقف في مسألة المرتابه مواظلاً^(١) لذلك وفيها طريق ثالث لابن مريج^(٢) وهو تنزيل ان النصين على حالين فالقول^(٣) الأول معمول. على ما اذا حدثت الرية بعد ما انقضت الاقراء أو الاظهر ونكحت، فلا يسطل النكاح بل يتوقف الزوج عن الوطء الا ان تمنع الحال - قال: فاما اذا نكحت والرية حاصلة فلا يصح النكاح للشك في انقضاء العدة، اذ يجوز ان يكون عدتها بوضع الحمل، فلا ينكح الا بيقين.

قال: ولو قلنا لصحة هذا النكاح لجمعناه موقوفاً والعقد. ولا يوقف على القول الجديد واجاب الراعي: بان هذا ليس من وقف الاعتقاد لتخلف شرط الصحة الا ان يوجد ذلك الشرط، بل هو من وقف التيقن.

فيحكم بان النكاح منعقد بناء على الظاهر ثم ان بان خلافه غيرنا الحكم، كما انه حدثت الرية بعدما نكحت لا نحكم ببطالان النكاح، لكن اذا تحقق الحمل يوم النكاح تبين انه باطلا.

ومنها: في تدخل العدين اذا وطأها شخص بشبهة في عدة الطلاق وهناك محل يحتمل ان يكون من كل منهما فانه معرض على القائف بعد الوضع فمن الحق به منها لحقه، فان كان الطلاق رجعيًا ورجعها الزوج في مدة الحمل، فيبطل اولاً هل ان الزوج اذا تأخرت عدته لاحتمال^(٤) الواطء بالشبهة اياها هل له الرجعة؟.

فان قلنا: نعم صححت رجعتها لأنه اما زمان عدته او زمان عدة غيره الذي يصح فيه رجعتين. وهذا ما اختاره أبو اسحاق المروزي^(٥).

== توفي سنة خمسين وثلاثمائة وذكر الخطيب اسمه الحسين مصغراً.

انظر: تاريخ بغداد ٨٧/٨ شذرات الذهب ٢/٣، معجم المؤلفين ٣/٢٧٠.

(١) في المخطوطة ما صورته والمرباه مدافعاً.

(٢) هو احمد بن عمر بن مريج، القاضي أبو العباس الفيدلي الهذلي الاذهب، شيخ الشافعية له من المصنفات أربع مائة مصنف. توفي سنة ست وثلاثمائة.

انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٨٧/٢، ٩٦، شذرات الذهب في احوال من ذهب ٢/٢٤٧ - ٢٤٨.

(٣) في المخطوطة: قلل.

(٤) في المخطوطة والاخبار.

(٥) هو ابراهيم بن احمد بن اسحاق المروزي الشافعي أبو اسحاق أحد الائمة من فقهاء الشافعيين، وصاحب ابن مريج، لو التصانيف منها: شرح مختصر المزني والفتاوى في معرفة الاصول والوثائق وغيرها، توفي سنة اربعين وثلاثمائة ودفن عند قبر الشافعي.

انظر: تاريخ بغداد ١١/٦، شذرات الذهب ٢/٢٥٥ - ٢٥٦، معجم المؤلفين ٣/١.

وإن قلنا: ليس له الرجعة في مدة هذا الحمل وهو ما صححه في التهذيب لم يحكم بصحة الرجعة، لجواز أن يكون الحمل من وطء الشبهة فإن بان بعد الرضخ بالخلق القائل أن الحمل من الزوج فهل يحكم الآن بأن الرجعة صحت وحلت عليها؟

فيه وجهان: مأخوذان مما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي وكان ميتا والأظهر: الحكم بالصحة، ولذلك لو راجع بعد الوضع في مدة الإقراء لم يحكم بصحة الرجعة أيضا، لجواز أن يكون الحمل منه ويكون عدته انقضت به.

فلو: بان بالخلق القائل أن الحمل من وطء الشبهة ففي الحكم الآن بصحة الرجعة الوجهان، أما إذا كان الطلاق باثنا وجدد الزوج النكاح أما قبل العقد أو بعده، فلا يحكم بصحة النكاح لجواز كونها في عدة الشبهة حيثن. فلو: بان أن العدة كانت فيه بالخلق القائل ففي التنه ١٠٧ / ١ أنه على الوجهين في الرجعة والأصح: الصحة.

قال: وليس هذا من وقف العقود على الاجازة، بل هو وقف على ظهور أمر كأن عند العقد ورأى الامام أن الأصح هاهنا المنع.

وقال: الرجعة تحصل ما لا يحتمل النكاح، الا ترى انها في حالة الاحرام ولا يصح النكاح؟ فجاز أن تحتمل الرجعة الوقف ولا يحتمل النكاح.

ومنها: إذا طلق قبل الدخول وثبت الخيار لما لكون الصداق زائدا، زيادة متصلة بين دفع الشطر منه وبين نصف قيمته بغير زيادة وثبت له الخيار لكونه ناقصا أو ثبت لها جميعا لكونه زائدا من وجهه وناقصا من وجهه فهذا الخيار على التراخي كخيار رجوع الواهب فيما وهب من ولده والمملك موقوف حتى يختار من له الخيار بحيث دار الخيار لها فله أن يطالبها ويدعي عليها بأحد الأمرين ولا يعين واحد منها فإن أصررت على الامتناع حبس القاضي عنها عين المصدق حتى تختار ولا يتقد تصرفها فيه حيثن كالمرهون. وإذا اختار من له الخيار هل يتبين المملك من حين الطلاق حتى تتبعه الزوائد المحاشية بين الطلاق والاختيار أو يجعل المملك عند الاختيار وقبل ذلك يكون مستمرا على ملكها يتجه أن يخرج على الخلاف في أن الشطر يعود بنفس الطلاق أو باختيار المملك فصل الأول وهو الأصح يتبين أن المملك حصل من حين ١٠٧ / ب بالطلاق وعلى الثاني يكون حصوله من حين الاختيار وهذا الوقف من وقف الثنين.

ومنها: وهب ان عبد المملوك بعتة يتعلق فيها الارش برقبته، لا يصح على الأصح، وإن تعلق فيها القصاص به صح. فلو: رهن ما يتعلق به قصاص فعلى المستحق على مال بعد الرهن وتعلق المال برقبته فيها وجهان نقلها الامام الغزالي:

أحدهما: ان الرهن يبقى كما لو جنى العبد المرحوم.

والثاني: ان يثبت الفساد في الرهن كما لو تعلق الثاني برقبته وبه قال الشيخ أبو محمد ومقتضاه الحكم بالوقف في الرهن. وعلى هذا فلو حفر العبد بشرا ثم رهن ثم روى^(١) انسان في البئر وتعلق الضمان برقبته - وفي فساد الرهن وجهان: وهما هنا أولى بالمنع لأن الحفر ليس سببا دائما بخلاف الصورة السابقة.

ومعنا: لو وكل في الخلع وأطلق ولم يعين ما يتخلع به فخلع الوكيل بإقل من مهر المثل - وفيه خمس أقوال:

والأصح إما عدم الوقوع بالكلية كما صححه البخوي^(٢) والمرافعي في المحرر والنووي وإما وقوع الطلاق لمهر المثل كما صححه العراقيون وغيرهم.

والقول الخامس: ان الطلاق موقوف فان رضي بالشئ^(٣) فذاك، والا رد المال والطلاق.

قال الغزالي في البسيط وهذا يكاد يكون ملغا في الطلاق وتبع في هذا الاستنكار امامه فان قال في النهاية يلزم عليه ان لو أقدم الاجنبي على ذلك لزم ١٠٨ / ١ هذا الحكم وهذا انحلال وخروج عن الضبط، وقد تقدم ان امام الحرمين قال عقيب مسألة: بيع الفضولي ان الخلاف فيه جاز في الطلاق أيضا فكان انكاره هناك بالنسبة إلى ان يكون ذلك من الأقوال الجديدة لا بالنسبة إلى القديم، وقد تقدم نص الشافعي في البسيط على جريان ذلك في الطلاق ان ثبت حديث عمرو الباقعي، وقد نسب الامام القول بوقف الطلاق في مسألة الخلع هذه إلى عمر بن مريج وقال هو وغيره ان الوقف هنا أولى منه في البيع والنكاح من حيث ان الطلاق يقبل التعليق والاعتراف، ثم قالوا في الاعتدال عن ذلك تقريرا على الجديد انه يجوز ان يقال الوقف ليس في الطلاق. لكن الطلاق منوط بمعوض قابل للرد فاذا رد العرض انعطف الرد على الطلاق، فكانهم ردوا الوقف على هذا إلى وقف التبن. وذلك جاز في الجديد لكنه بعيد فان وقف التبن لا يتوقف على الاجازة وهذا يتوقف عليها.

(١) كذا في الاصل ولعل الصواب «ردى».

(٢) هو: الحسين بن محمود بن محمد بن العواد البصري أو محمد بن الحسن الشافعي، محدث، مفسر، صاحب التصنيفات ومعلم أهل خراسان، وكان هابذا وزاهدا قائما من تصانيفه: معالم التنزيل، والمصابيح وشرح السنة والتهذيب. وقد تمت بتحقيق بعض اجزائه. توفي سنة ست عشر وخمسة. انظر: كتابنا الامام البصري وشره في الفقه، سير اعلام النبلاء ١٩ / ٤٣٩ - ٤٤٣، طبقات الشافعية ٢١٩ / ٤ - ٢١٧، شذرات الذهب ٤٨ / ٤ - ٤٩، مجمع المؤلفين ٦١ / ٤ - ٦٢.

(٣) كذا في المخطوطة ولعل الصواب «بالمثل».

ومنها: إذا قال عند غرق السفينة ألق متاعك في البحر وأنا والركبان ضامون، وأراد إنشاء الضمان عنهم ثم قالوا قد وضعنا بما قال فيه وجهان:

أحدهما: أنهم لا يكونون ضامتين لذلك بناء على المشهور أن العقود لا يحرف في الجديده، وهذا ما اختاره القاضي حسين والامام.

والثاني: أنهم يصيرون بذلك ضامتين له ويلزمهم. واختاره الغزالي لأن هذا مبني على المصلحة، والمصلحة ١٠٨/ب.

ومنها: الخلاف في انكحة الكفار وحاصله ثلاثة أوجه. وحكاها الغزالي أقوالاً أصحها أنها صحيحة.

والثاني: أنها باطلة.

والثالث: يقول بالوقف إلى الاسلام فما يقرر عليه إذا أسلموا يتبين لنا صحته.

ومالا يقرر عليه يتبين فساد^(١) ويرى عن القفال^(٢) وإلى ميل ابن الحنابلة واستظهر امام الحرمين ويتبين على ذلك ما إذا طلق الكافر امرأته ثلاثاً في الشرك ثم أسلم فعل القول بالصحة لا يحل له إلا بحلل دون الغذف بما الفساد، وكذلك القول في إيجاب المسمى أو نصفه أو الرجوع إلى مهر المثل. وقد ذكر ابن الحنابلة في نروعه: أنه لو نكح المشرک اختين وطلقها ثلاثاً، ثم أسلموا أنه يغير بينهما، كما لو أسلموا ولا طلاق، فإذا اختار أحدهما ثبت نكاحها، وقدر فيها الطلاق والثلاث ولا بد من محلل، واندهشت الأخرى بحق الاسلام، ولا يحتاج فيها إلى المحلل.

قال الأصحاب: إنما يجيء على القول بالوقف فتكون حقيقته هو، وهذا الطلاق موقوفاً على إسلامه لا محتياطاً، والأقل القول بالصحة أو الفساد، ولا يجيء هذا.

(١) انظر: التمهيد للاستوي ١٣٢.

(٢) حو: محمد بن علي بن اسماعيل انقلق الكبير الشافعي أبو بكر ولد بشاف سنة ٢٩١ هـ ورحل في طلب العلم، وأخذ عن كبار المشيخ، كان اماماً في التفسير والحديث والكلام والأصول والفروع والفقه والشرع، انتشر عنه فقه الشافعي فيما يراه النضر من كتب محاسن الشريعة وأدب القضاء، توفي سنة ٣٦٥ هـ.

انظر: طبقات الفقهاء ١١٢، تبين كذب المتنري حبة الله ١٨٦ - ١٨٣، طبقات الشافعية للسبكي - ١٧٦/٢.

(٣) هو محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر الكنتلي المصري الشافعي المعروف بابن الحداد أبو بكر شيخ الشافعية فقيه، شارك في علم القرآن والحديث والرجال، ولكنني والفرافيس والنسر واللفظ والقدرة وإمام للناس، وله القضاء بمصر. من مؤلفاته: أدب القضاء، جامع الفقه، المولدات في فروع الفقه والفرافيس، تنوير في ترميز وأربعين وثلاثين.

انظر: طبقات الشافعية ١١٢/٢ - ١٢٥، شذرات الذهب ٢٦٧/٢ - ٣٦٨، معجم المؤلفين ٨/٢٢١.

• الكلام في بيع الفضول •

قلت: يسأل هنا عن وقت الاسلام هل المراد به ما اذا كان في عدة المطلق الثلاث، أو مطلقاً، حتى لو كان بعد انقضاء العدة، كان له الاختيار اذا أسلم، والفرق بين الحالين مدفوع أو يبعد القول بتعيين النكاح في امران من طلقته منه لا نفدت عدتها، ولم اجند تصريحاً بذلك في كلامهم فصح هذا والله أعلم. ١/١٠٩.

ومنها: اذا أسلمت الزوجة وتخلف الزوج، أو أسلم، وتخلفت وهي مجوسية، أو وثنية، وكان ذلك بعد الدخول، حيث يتولف الحكم بالفرقة هل انقضاء العدة، فإن اجتمع على الاسلام قبل انقضائها، استمر النكاح، فلوطلق الزوج في هذه العدة، والطلاق موقوف ايضاً، فإن اجتمع على الاسلام، قبل انقضائها، استمر ايضاً، فإن اجتمع على الاسلام، قبل تمام العدة، يبين وقوع الطلاق، ويحيد من وقوع الطلاق. والا فلا طلاق. وحكى الامام ان من اصحابنا من جهل الطلاق على قول وقف العقود حتى قوى في قول: وإن اجتمع على الاسلام.

قال الرافعي: والمذهب بان الطلاق والعتاق يقبلان صريح التعليق قلولى ان يقبلا
تقدير التعليق:

قال: ولا يتوقف في الظهار والايلاء.

قلت: ويرجع هذا الوقف إلى الوقف في تصرف المغلس في امواله الموجود عليه فيها، والفرق بين هذا وبين ما اذا باع مال ابيه على ظن انه حي وبأن انه كان ميتاً ان هناك المعنى المجوز للتصرف قائم في الحال، لكن لم يعلمه المتصرف واسلام المتخلفة أو اصرارها إلى انقضاء العدة ليس حاصلًا في الحال وإنما هو متعلق بالاستقبال.

ومنها: في هذه المسألة اذا أسلم الزوج وعلفت زوجته الوثنية أو المجوسية نكح اختها في زمان التوقف، وكذا لو كان قد طلقها طلاق رجعية في الشرك ثم أسلم ونكح في العدة اختها المسلمة أو أربعة سواها بالمذهب انه لا يصح النكاح في هذه الصورة، لأن ذوال نكاح للمتخلفة غير ١٠٩/ب متيقن فلا ينكح من يحدو الجمع بها وبينها.

وقال المزني: يتولف في هذا النكاح ايضاً كما يتوقف في نكاح المتخلفة لأن أسلمت تبين بطلان نكاح الثانية والا تبين صحته.

وحكى الامام عن بعض الاصحاب انه خرج على ذلك على قول وقف العقود فان قلنا به توقفنا كما ذكره المزني، والجدهور رأوا بين هذا وبين ما اذا باع مال ابيه بالفرق والمتمم في الصور التي قبل هذه.

وذكر الرافعي : الحاق هذه ببيع الفضولي فاننا نتوقفه على الاجازة في قول وهي امر يتعلق بالاستقبال كما ان التوقف في هذه الصورة على الاسلام المتخلفة أو اصرارها إلى ان تقضي العلة أمر يتعلق بالاستقبال .

نالك : ويشبه ان يكون الذي ذكره الأصحاب مفرعا على ظاهر المتعبد وهذا من العقود لا يتوقف على الاجازة .

قلت : والفرق بين هذه الصور والمسألة المقدمة قبلها ان الطلاق يصرف في أمره به تعلق غير انه قد علوضه التوقف في النكاح ، فاذا تبين نفوذه كما في بيع الفلوس ما حجر عليه فيه ثم استمر ملكه عليه بعد الحجر بخلاف نكاح اخت المتخلفة أو أربع سواها فانه تصرف فيها لم يكن له به تعلق ويتوقف على امر مستقبل فهو بتصرف الفضولي اشبه ، وايضا ما تقدم من قبول الطلاق التعلقي دون النكاح . والله أعلم .

ومنها : لو ذبح اجنبي احميته لغيره نذرهما معينه في وقت الاضحية ١١٠ / أ أو ذبح هدبا لغيره مبيحا بلوغ النسل .

فالمشهور : انه يقع الموقع ويغرق المالك اللحم ، وفيه قول عن القديم ان لصاحب الاضحية ان يجعلها عن الذابح ويخرمه كمال القيمة بناء على وقف العتود .

ومنها : اذا باع ثمرة يغلب فيها التلاحق والاختلاط كالخبث والفتاء والباذنجان .

وشروطه : ان يقطع المشتري ثمرته عند خرق الاختلاط صح البيع وان لم يشرط ، ولو كان البيع باطلا وفيه قوله^(١) أو وجه انه موقوف ان سمح البائع بما حدث تبين انعقاد البيع والا تبين انه لم يعتقد من اصله .

ومنها : قد علم ان تعلق الدين بالثركة تعلق وعن عمل المهر القولون^(٢) فتصرف المورث قبل وفاته مردود ان كان معسرا وان كان موسرا ففيه أوجه .

ثالثها : انه موقوف ان قضى الدين بان النفوذ والا فلا .

ومنها : قولهم ان الأصح صحة الحوالة بالشئن في زمن الخيار وعاليه والأصح عنده ووه قطع الشيخ أبو حامد والامام وغيرهما . انه اذا فسخ البيع بالخيار انقضت الحوالة ، مع ان الأصح عند الرافعي ومن تبعه ان استحقاق الثمن كالمملك في المبيع يكون موقوفا اذا كان الخيار لها فان فسخ العقد بان ان المملك للبائع وانه لا حق له في الثمن ، فكيف

(١) في المضطربة (مدل) ولا يظهر له معنى هنا .

(٢) في المضطربة .

تصح الحوالة وقد بان عدم استحقاق الثمن والدين المحال به وعليه فقد يقال ان هذا من باب وقف الانعقاد، لأن تصحيحها موقوف على استحقاق الدين ولا تحقق له في نفس الامر ١١٠/ب.

نعم لو قلنا ان الاستحقاق أصل وان الفسخ يقطع الملك من حينه لا من أصله على أحد الزوجين أسكن ذلك ولكن الأصح ان الفسخ فيه يرفع العقد من أصله مع انه تبين انه لا ملك للمشتري وان الملك في البيع لم يزل للبائع وانه لم يستحق الثمن، والتحقيق ان هذه المسألة من وقف الثمن وهي كبيع مسألة مال الأب هل ظن انه حي وكان ميتا، لكن المحكوم به ظاهرا يختلف فيها.

ففي مسألة بيع مال الأب تحكم أول الامر بطلان البيع اعتمادا على الظاهر. فاذا انكشف ان إياه كان ميتا وان البيع كان ملك العائد حكمتا بالصحة وبطلان الحكم السابق. وفي مسألة الحوالة حكمتا بصحتها اعتماداً على ظاهر استمرار عقد البيع وقبول استحقاق الثمن للبائع فلذا فسخ البيع لانكشف انه لم يستحق، حكمتا بفساد الحوالة من الأصل لانه ظهر ان المفتحي للصحة لم يوجد وبطلان ماكننا حكمتا به الا ان هذا يعكر على قول الامام والغزالي والرافعي ومن تبعهم، ان الحوالة انقطعت عند فسخ البيع لان هذه المعياره تشتر بانها انعقدت ثم انقطعت من حينه وليس كذلك ولهذا جزموا في هذه المسألة بانفساخ الحوالة، وقال الشيخ أبو محمد فيها حكاه الامام عنه انه لا خلاف فيه وقرعدها فيها لو اشترى عبداً وبالف مثلاً ثم أحال البائع بالثمن على آخر ثم رد العبد يجب هل تنفسخ الحوالة؟ ١١٩/١.

فمنهم من قال فيه قولان: ونقلها الامام عن الجمهور. وصحح الغزالي وغيره الانفساخ. ومنهم من قطع بالانفساخ، ونقلها الماوردي^(١) عن الاكثرين، ومنهم من قطع بصدقه، ونقلها الشيخ أبو علي الطبري وابن الحداد، وصححها القاضي أبو الطيب^(٢) في شرح القروع، ونقلها عن الاكثرين.

(١) هو: علي بن محمد بن حبيب الجعفي، الماوردي، الشافعي أبو الحسن. صاحب التصانيف، فقيه اصولي، فخره أديب، وفي الفقه يبلدان كثيره. توفي سنة حسين وأربعمائه.

انظر: تاريخ بغداد ١٢/١٠٢ - ١٠٣. سير اعلام النبلاء ١٨/٦٤ - ٦٨. طبقات الشافعية ٣/٣٠٢ - ٣١٤، معجم المؤلفين ١٨٩/٧.

(٢) هو: طاهر بن عبدالله بن طاهر بن عمر الطبري البغدادي، أبو الطيب الغضائري، الامام البارز في علوم الفقه والاصول.

من مؤلفاته: شرح مختصر الزبي، وكتب اخرى في الاصول والخلاف والجلد. توفي سنة حسين وأربعمائه. انظر: تهذيب الاسماء والالفاظ ٣/٢٤٧ - ٢٤٨. طبقات الشافعية ٣/١٧٦ - ١٩٧. معجم المؤلفين عمر رضا كحالة ٣٧/٥.

وقد أشار الامام إلى الفرق بين المسألتين: بأن فسخ البيع يختار التروي^(١)، وبين ان الثمن لم يصير إلى اللزوم، ونحن انما صححتا الحوالة به لانه يصير إلى اللزوم بخلاف فسخ المبيع بالعيب، فلان الثمن كان قد لزم.

ومنها: وهو قريب جداً من مسألة الحوالة في زمن الخيار في الثمن وعليه اذا باع العدل الرهن بالاذن بثمن مثله فبدت^(٢) واغيب فيه زيادة في مجلس العقد فالأصح انفساخ البيع، لأن مجلس العقد بحالة العقد، فلو رجع الراغب عن ذلك بعد التمكن من البيع منه، فالأصح انه لا بد من بيع جديد من الأول، وفي طريقة الصيدلاني^(٣) اننا نثبت ان الانقضاء لم يكن، والبيع الأول بحاله، وهذا ما صححه الغزالي في الوسيط.

وشبهه بما اذا بذل الابن الطاعة في الحج، وجعلناه بذلك مستطعاً به، ثم رجع من الطاعة قبل ان يحج أهل بلده، لانا نثبت علم الوجوب^(٤).

ومنها: اذا وجب عليه الحج ثم جن فليس للولي ان يحج عنه نائباً إذ ربما يفيق فيحج بنفسه، فلو استتلب عنه فهاه قبل ان يفيق ففي احرامه ١١١ ب، وجهان، كما لو استتلب من ممرجو زوال مرضه فلم يزول، وقد تقدم فيها قولان وان الاظهر عدم الاجزاء. ويبيح ان تكون هذه المسألة أولى من تلك بالاجزاء لانهم عللوا عدم الاجزاء في المريض بانه وما يكون المرض ازداد فتحقق العقب هذه الاستنابة. وهذا الاحوال لا يجيء في مسألة الجنون.

نعم يمكن الفرق بين هذه وبين مسألة ما اذا باع مال ابيه على حياته وكان ميتاً بان شرط صحة الاستنابة في الحج تحقق العقب، ولم يكن متحققاً حالة الانابة فلم يصح ذلك. لعدم شرطه في ملك والحالة ولولا هذا لكان الحاقها بما اذا باع مال ابيه طناً وحياته ظاهراً.

ومنها: لو تزوجه أبوه وهو لا يدري ان ظن زوجته نجنية فخطبها بالطلاق فالشهور فيه الوقوع.

(١) كذا في المخطوطة.

(٢) كذا في المخطوطة على تقدير (قيدت من واغيب).

(٣) مر محمد بن داود بن محمد المروزي المعروف بالصيدلاني، ويعرف بالداودي أبو بكر غني، عمه، توفي نحو ٢٢٢ هـ، له مصنفات.

(٤) انظر: معجم المؤلفين ٢٩٨/١، نقلاً عن طبقات الشافعية لابن عديلة ٥: ٥٢.

(٥) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٤٦/٧.

• الكلام في بيع النكاح •

قال الخزازي : وهذا فيه احتمال ظاهر لانه اذا لم يصرف الزوجية لم يقصد إلى قطعها وأبديه بما اذا لقن الاصحى لفظ الطلاق ، وهو لا يصرف منها فانها لا يقع طلاقه بالاتفاق ، وجعل هذا المعنى يستند في ترجيح عدم التنفيذ فيها اذا باع مال أبيه على ظن انه حي لذا هو ميت .

ومنها : لو خير زوجته ولم يشعر انها في نكاحه ففيه هذا الخلاف .

قال المرافعي : وهو أولى بالتنفيذ .

ويتصل بهذا المعنى وان لم يكن من وقف العقود ، ما اذا ارتكب شيئا يظنه كبيرة ، وكان حلالاً له ، كمن وطئ امرأة يعتقد انها اجنبية منه لانه لا يعرفها^(١) فكانت زوجته أولمته أو قتل من يعتقد ١١٢ / معصوماً ، فبان انه يستحق دمه أو اتلف مالا يظنه لغيره فكان ملكه وقد قال الشيخ عز الدين - رحمه الله -^(٢) في القواعد : انه يجري عليه حكم الفاسق . بجرأته على الله تعالى ، لأن العدالة انما شرطت في الشهادات والولايات لنحصل^(٣) الثقة بصدقه وإدائه الامانة وقد انخرمت الثقة في ذلك بجرأته على ربه بارتكاب ما يعتقد كبيرة ، واما مفاسد الأعمرة فلا يعذب تعذيب زان ولا قتائل^(٤) ولا آكل مالا حراماً لأن عذاب الأخيرة مرتب على رتب للمفاسد^(٥) في الغالب ، كما ان ثوابا مرتب على رتب المصالح في الغالب ثم قال : والظاهر انه لا يعذب تعذيب من ارتكب صغيرة لأجل جرأته وانتهاكه الحرمه ، بل عذاباً متوسطاً بين الصغيرة والكبيرة^(٦) انتهى كلامه .

ورجوع هذه المسألة إلى هذه القاعدة المأهولة بالنسبة إلى احكام الدنيا وهو واضح وقد ترجع بعضهم على هذه القاعدة بما هو أهم من وقف العقود . فقال : اذا فعل فعلاً بناء على انه صحيح أو فاسد فبان في نفس الأمر بخلاف ما يعتقد فثارة ينظر إلى اعتقاده

(١) في المخطوطة كلمة غير واضحة ولملأها كما هيئت .

(٢) هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن السلمي الدمشقي - الشافعي عز الدين بن عبد السلام أبو محمد سلطان العليلة ، وسيد دهره ، جمع بين فنون العلم من التفسير والحديث والفقه ، واختلاف أقوال الناس ومآخذهم ، وبلغ رتبة الاجتهاد ، صنف التصانيف المفيدة منها : القواعد الكبرى ، والقافية في اختيار النهاية ، وتفسير القرآن وغيرها . توفي سنة ستين وستمائة .

انظر : طبقات الشافعية ٨٠ / ٥ - ٩٠٧ ، شذرات الذهب ١٠٣ / ٥ - ٣٠٢ ، معجم المؤلفين ٢٤٩ / ٥ .

(٣) الزيادة من القواعد لعز الدين بن عبد السلام .

(٤) في المخطوطة وفسلان ولا قابل والتصويب من القواعد ٢٢ / ٩ .

(٥) في المخطوطة ، الفاسد والتصويب من المرجع السابق .

(٦) قواعد الاحكام في معالج الاتام لعز الدين السلمي ٢٢ / ١ .

ورتب عليه حكمه، وتارة ينظر إلى ما في نفس الأمر وبهذا الاعتبار يدخل في ذلك مسائل آخر، ليست من الولف في شيء أو يكون الصحيح ملاحظة الظاهر دون ما في نفس الأمر.

ومنها: لو تيمم وهو شك في دخول الوقت ثم بان أنه في الوقت ١١٢/ب لا يصح تيممه.

ومنها: لو صلى إلى جهة شاكاً أنها القبلة من غير اجتهد ثم بان أنها القبلة لم تصح صلاته.

ومنها: لو تيمم من غير طلب ثم بان أنه لا ماء هنالك لم يصح تيممه.

ومنها: لو تيمم على أحد الانثنيين من غير اجتهد فبان أنه الظاهر وقتنا لا يعيد التيمم.

قال الأصحاب: المذهب أنه لا يجوز طهارته ولا صلاته، وذكره بعض الأئمة المتأخرين أن هذا طاهر في طهارة الحدث، لأن التيمم شرط فيها.

ولا يظهر في طهارة الحدث لتحقق الطهارة وعدم اشتراطه التيمم يعني على الصحيح، نعم يظهر في الصلاة قبل تيمم الحال بذلك الثوب.

ومنها: إذا شك في جواز المسح ثم تحقق جوازه فإنه يجب عليه إعادة المسح دون ما تقدم وتقص ما صلى به.

ومنها: لو شك في دخول الوقت فصلى ثم بان أن الوقت كان دخل فإنه لا يجزئ وهل يبطل صلاته من أصلها أو تعتقد نفلاً فيه خلاف.

ومنها: لو صلى من شك في صحة الاقتداء به كالخشي ثم بان أنه أهل للإمامة فإن صلاته لا تجزئ.

ومنها: لو قصر الصلاة شاكاً في جواز القصر ثم بان له شروط الجواز فإن قصره لا يصح.

ومنها: لو صلى على ميت وهو شك في صحة الصلاة عليه، ثم بان له أنه من أهل الصلاة عليه، فإن صلاته لا تصح أيضاً.

ومنها: لو شك هل غسل الميت أم لا ١١٣/أ.

ثم تيمم للصلاة عليه وقتنا أنه لا يصح التيمم إلا بعد الغسل، فإن كان غل فإنه لا يصح تيممه.

• الكلام في بيع الفضل •

ومنها: لو عصم الأمير في مسمومة بغير سحر، ثم بان أنه صادف الموت، فإن صومه لا يصح، فكل هذه المسائل وما أشبهها لم يلحق بمسألة ما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت، لأنه لا بد فيها من النية، ولم تكن النية جازمة كما تقدم ذلك في مسألة ما إذا أخرج زكاة مورثه وهو لا يعتقد موته ثم بان أنه كان قد مات، وحال عليه الحال في ملكه.

وأصل هذه المساعدة أن اتى به المكلف في حال الشك، لا على وجه الاحتياط ولا لامتنال الأمر موافق^(١) للصواب في نفس الأمر فإنه لا يجزي كما ذكرنا من اشتراط الجزم بالنية، وقلنا لا على وجه الاحتياط احتراز عما إذا شك هل أصاب الثوب نجاسة أم لا؟ ففسله احتياطاً ثم بان أنه كان متنجساً فإن ذلك يجري ويلوئنا ولا لامتنال الأمر احترازاً عما إذا نسي صلاة ولم يعرف عتيها، فإنه يلزمه أن يصلي الخمس ودخوله في كل واحدة منها إنما هو في حالة شكها إنما عليه ولكن اغتفر ذلك للتوصل به إلى الخروج ما عليه فكان ذلك مما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وقد شد عنها مسائل كثيرة.

ومنها: إذا أحرم يوم الثلاثاء من رمضان وهو يشك فقال إن كان ١٣ / ب من رمضان فأحرمني بعمرة وإن كان من شوال فبحج ثم بان أنه من شوال قالوا ينقصد أحرامه بالحج صحيحاً لأن الحج والأحرام به يغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره، وكذلك جاز تعليق أحرامه على إحرام زيد دون بقية العبادات.

ومنها: لو أحرم بالصلاة وأحرم وقت الجمعة ونوى الجمعة إن كان وقتها باقياً ووالا فظهر لبان الوقت باقياً، ففي صحة الجمعة وجهان:

ووجه الجواز احتضار نيته بالاستصحاب، وما يقرب من مسألة ما إذا باع مال أبيه على ظن حياته وكان ميتاً، وإن لم يكن من الوقف في شيء ما إذا دخل شرط أو تحروه فثبتان بقية^(٢) حيث لا تجري ذلك على الأصح اعتباراً بما في نفس الأمر كما صححوا الانعقاد في مسألة بيع مال أبيه إذا كان ميتاً وذلك في مسألة تحديد.

ومنها: إذا كان في رحلة ما فنيه وتيمم بعد الطلب وصل ثم علم فيه طريقان: أحدهما: القطع بوجوب الاعادة.

والثانية: قولان وأصحها وجوب الاعادة^(٣) ومنهم من حمل القولين على حللين فقال إن كان الرجل صغيراً يمكن الاحتاط به وجبت الاعادة بخلاف ما إذا كان كبيراً أما إذا

(١) كذا في الأصل ولعل الصواب فوافق.

(٢) في المخطوطة ما صورته (مسان وسنه).

(٣) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز - للرافعي ٤٦٧.

أدرج غيره الماء في رحله ولم يعلم به إلا بعد صلاته بالتيتم، فالأصح هنا عدم وجوب الاعادة.

ومعهم من قطع بذلك لعدم تقصيره وقال البغوي: إن طلبه ١/١٤ في رحله ولم يجد فذهب يطلب من موضع آخر فادرج في غيبته فلا اعاده وإن لم يطلب من رحله لعلمه أن لا ماء فيه، وكان قد أدرج ولم يعلم فالأصح وجوب الاعاده. أما إذا علم بالماء في رحله ولكن أضل رحله بين الركبتين ولم يجد بعد الطلب فصل بالتيتم ثم وجده فلا لم يمن في الطلب وجبت الاعادة وإن امن فالأصح أنه لا اعادة لعدم تقصيره.

وقريب من ذلك ما إذا كان في موضع نزوله بشر وقد عرف ذلك ثم نسيه لثلاثة أوجه، وثالثها وهو الأصح الفرق بين أن يكون البشر ظاهراً بنية الأيثار فتجب الاعادة لتقصيره أو يكون خفيه فلا يجب لعدم التقصير.

ومنها: إذا علم بثوبه نجاسة ثم تبين ذلك وصلّى به بالجديد أنه يجب الاعادة والقديم لا يجب، وكذلك لو جهل النجاسة وصلّى بها.

ومنها: لو رأوا سواداً فظنوه عدماً فصلوا صلاة شدة الحرف ثم تبين الحماك ففي وجوب الاعادة أقوال:

الأظهر: يجب مطلقاً.

والثاني: لا.

والثالث: يعيدون في دار الإسلام دون دار الشرك.

والرابع: إن أخرهم لغة بالعدو غائلاً لم تجب الاعادة، وإن ظنوا العدو بأنفسهم من غير أخبار وجبت^(١).

ومنها: إذا سلى بالاجتهاد إلى جهة ثم تبين أنه المخطئ القبلة وفيه قولان.

ومنها: إذا دفع الزكاة لمن ظنه فقيراً فبان غنياً.

فالأصح أنه لا يميزه أيضاً.

ومنها: إذا غلب على ظنه أنه معضوب فاستناب عنه في الحج ثم برىء ففيه طريقتان:

(١) انظر: فتاوى الزمخشري ٦٦-٦٧، فتح العزيز شرح الوجيز - المراتبي ٤٣/٧.

أحداهما: المقطع بوجوب الحج بنفسه.

وثانيهما: أن فيه قولين وأصحهما الوجوب إلى غير ذلك^(١).

والأمثلة التي يرجع حاصل الخلاف فيها إلى أن النظر إلى الحال أو إلى المال، والأصح في كل ذلك جاز على مقتضى الأصح في مسألة ما إذا باع مال أبيه على أنه حي فإن أنه ميت^(٢)، لأن تصحيح البيع في هذه الصورة وأمثالها لمصادفته الصحة في نفس الأمر وتبين ما آل إليه الأمر وكذلك هنا عدم الصحة لتبين ما آل إليه الأمر، وإن ظنه جواز ذلك كان خطأ كما أن ظن من باع مال أبيه أنه ليس ملكه كان خطأ، ولم يجيء شيء من هذا الخلاف في مسائل الشك المتقدمه، لعدم جزم النية فيها، وهي شرط في صحتها.

نعم لو اعتقد عدم هذا الجزم فاستصحاب أجزاء ذلك في الحال ما لم يتبين الخطأ بيقين، كما لو يقن الطهارة وشك في الحدث، وإن الصلاة لميزته في هذه الحالة فإن يقن أنه كان محدثا وجبت الإعادة لكذب ظنه، ولم يجرأ فيها الخلاف المتقدم في من اجتهد في القبلة فصل ثم تبين الخطأ لاهتمام الشرع بطهارة الحدث إذ القبلة يصح تركها في بعض الأحوال كالتألف في السفر ولم يفتر ترك الطهارة عن الحدث مع القدرة عليها.

ومنها: إذا توضأ بما يظن طهارته وصل ثم بان له أن الماء كان نجسا ١٥/١ وكذلك لو صلى فريضة على ظن دخوله وقتها فإن أخبره بدخول الوقت تغير ثم أخلف ظنه فإنه تجب الإعادة.

وكذلك لو شرع في صلاة الكسوف ظلما بقاءه، ثم تبين أنه كان قد انجلى قبل دخوله فيها، فإنه يبطل صلاته، ولا يخرج على الخلاف في بقائها تغلا، إذ ليس لها نقل على هيئة صلاة الكسوف فيندرج في نيته ولو لم يتبين له الحال صحت استصحابا للكسوف كما تقدم في الطهارة. وهذا إذا شك المسحر في طلوع الفجر لم يحرم عليه الأكل لأن الأصل بقاء الليل بخلاف ما إذا شك في غروب الشمس فإنه لا يجوز له الفطر استصحابا لبقاء النهار، فلو تبين أنه كان تسحر بعد طلوع الفجر وجب عليه القضاء لكذب ظنه.

وقالوا فيمن صلى خلف من يظنه مسلما أو ذكرا، فإن كافرا أو امرأة أنه يلزمه للإعادة. وفيمن صلى خلف من يظنه متطهرا فأخلف ظنه أنه لا يلزمه الإعادة لأن الكفر والأنوثة لا يخفيان غالبا بخلاف الطهارة.

(١) انظر: مع المفرد شرح الوجيز - للرافعي ٤٢/٧.

(٢) كذا في المخطوطة ولعل لفظ (كان) سقط قبل (ميتا).

واختلفوا فيمن صلى خلف الخنثى المشكل ثم تبين أنه كان رجلاً والأصح أنه يجب الإعادة لأن نيته لم تكن جازمه حال الاقتداء به بصحة ذلك.

وأيضاً فالخنثى المشكل في درجة الخلاف من يدخل في الصلاة هل ظن الطهارة، ثم تبين اختلاف ظنه فيقتدي به شخص يتأه على الظاهر من حاله.

وامتنعاب هذه الامثلة بطولها الكلام، ألسنا^(١) بصدد ذلك وانقصوه ١١٥/ب إنما هو الفرق بينها وبين مسائل الوكف وفي ذلك كفاية.

ويقرب مما نحن فيه المواضيع التي يفعلها المكلف على ظن أنه مطروح بها. هل يناهى بها الواجب، ولا يلتفت إلى ظنه أو لا يميزه عن الواجب على مقتضى ظنه اختلفت مسائل المذهب فيه وبيانه يصور:

منها: لو طاف ينوي به طواف الوداع أو نفلاً وعليه طواف الانفاضة انصرف إلى الركن وتادى به قطعاً حتى لو كان يشعر بأن عليه طواف الركن، بأن كان طاف الانفاضة وهو يظن الطهارة ثم طاف متطهراً ينوي به التمتع، ثم تذكر أنه كان محدثاً حالة الطواف الأول اجزأه الثاني عنه وذلك لقوة الحج كما إذا حرم بطل الحج أو العمره وعليه الفرض انصرف إليه.

كذلك لو أحرم به عن الغير بعدما حج به عن نفسه ثم نذر حجاً قبل الوقوف انصرف إلى النذر هل الأظهر، إلى غير ذلك من المسائل في الحج والعمره.

ومنها: لو جلس في التشهد الأخير وهو يظنه الأول ثم تذكر اجزأه ذلك على الآخرين، ولا غيره يظنه حكاك الرافعي ولم يحك فيه خلافاً.

ومنها: لو ترك سجدة من صلب الصلاة ناسياً وقام فقرأ آية سجده وسجد لها فهل يميزه عن السجدة لنفسه، فيه وجهان: الصحيح: أنه لا يميزه وقتله الشيخ أبو حامد عن النص.

ومنها: لو تذكر وهو قائم فتدرك السجدة المنسية وكان قد جلس ١١٦/أ عقوب السجدة الأولى جلسة سوى بها الاستراحة فهل يميزه ذلك عن الجلسة الواجبة بين السجدة، فيه وجهان: الأصح: أنه يميزه لأنها جلسة وقعت في موضعها، وقد سبقت فيه الصلاة المشتبهة عليها وعلى غيرها، وهذا يوجب القول بأنه إذا لم يتشهد الأخير وهو يظنه الأول يميزه.

(١) والصواب قولنا.

ومنها: إذا شك في الحدث بعد يقين الطهارة فلا يلزمه الوضوء بل يستحب له، قلو
توضاً احتياطاً ثم يقرن أنه كان محدثاً هل يجزيه ذلك الوضوء فيه وجهان: أصحهما
لا يجزيه لأنه توضاً متردداً في النية غير جازم بها من غير ضرورة^(١).

فهو كما لو شك: هل عليه غائته ظهر أم لا؟، فصلها على ذلك ثم تبين أنها^(٢)
كانت عليه لا يجزيه قطعاً، ولم يحكموا فيه خلافاً. وقدلنا من غير ضرورة احترازهما إذا
نسى الصلاة المنسية فانه يصلي الخمس وتبرأ ذمته فاعتذر عدم جزم النية في كل واحدة
منها، للضرورة وعدم الجزم بالنية في مثال الوضوء انما جاء من جهة استصحاب يقين
الطهارة بخلاف ما إذا كان محدثاً فشك: هل توضاً أم لا؟.

توضاً احتياطاً ثم تبين أنه كان محدثاً فانه يصح وضوءه بلا خلاف لأن الأصل بقاء
الحدث فلم يكن للتردد تأثير، اما لو نوى بوضوئه التحديد سهواً وهو يظن الطهارة فكان
حدثاً فانه لا يجزيه، لأنه لم يورد في الحدث أصلاً استند إلى استصحاب صحيح وقالوا
فيمن ١١٦/ مب أغفل في وضوئه لغة من أعضاء الفرض ثم غسلها في وضوئه يقرن به
التحديد فيه وجهان: والأصح أنه لا يجزيه ذلك في الفرض بخلاف ما إذا أغفل اللعة
في الغسلة الأولى ثم غسلها في الثانية أو الثالثة بنية النفل ففيه وجهان: والأصح ارتفاع
الحدث بذلك والفرق بينهما أن المتوضي في مسألة التجديد ولم ينو بوضوئه شيئاً من
الفرض انما نوى به كله النفل فلم يتأثر الواجب به وفي الصورة الثانية نوى الفرض
والنفل جميعاً ومقتضى نيته أنه لا يقع شيء عن النفل حتى يرتفع الحدث بالعرض فاجزاء
ذلك، وايضاً بالتحديد طهارة مستقلة بخلاف الغسلة الثانية والثالثة مع الأولى فإن الكل
عبادة واحدة.

ومنها: إذا قام في الصلاة الرابعة إلى الثالثة يظن في نفسه أنه مسلم وإن الذي يأتي
به الآن صلاة نفل ثم تذكر، لم أر هذه بعينها فيما وقفت عليه من كتب المذهب، والظاهر
أن ذلك يجزيه عن الفرض كما في مسألة التشهد ويحتمل أن يجيء فيه خلاف لأن
التشهدين جميعاً من صلاة واحدة في نيته. وما هنا لو نوى بها صلاة النفل وهي اجنبية
عن صلاة الفرض أشبه تجديد الوضوء أو غسل اللعة المتروكة في الثانية أو الثالثة وقد
ذكر المالكية هذه المسألة ثم قولين وكذلك فيمن سلم من الركعتين سهواً ثم قام فصل
ركعتين بنية ١١٧/ النفل هل يجزيه ذلك عن الفرض؟

وكذلك أيضاً فيمن نسي سجدة من صلب الصلاة ثم قام إلى ركعة خامسة سهواً

(١) انظر: الشهيد لاسوي، ٥٦.

(٢) كلام في الخطوط.

هل تجزئه السجدة معها عما نسي، قولان: ولا شك أن الأجزاء فيها إذا سلم ناسيا ثم تحرم بصلاة نوى بها النفل أبعد مما إذا لم يسلم.

وأما في مسألة القيام إلى خامسة سبوا وعليه سجدة فتنسبه فانه يجزئه ذلك هل قاهدة مذهبا، لأننا نكمل سجدة الركعة التي نسي معها بالسجدة من الركعة التي بعدها ولا يعتد بما بينها فيكمل حيثل صلاته بتلك الركعة المخصصة.

ومنها: إذا نوى رفع الحدث عند المضمضة والاستنشاق والغسل معها شيء ثم عزيت بنيت قبل غسل الوجه فيه وجهان: والأصح: الأجزاء وهل تجزئه ذلك من غسل الوجه.

قال صاحب التتمة: يجزئه ولا تحجب إعادة غسله وأن كان قد توى به ونسيه وكذلك أشار إليه الغزالي في البيط.

قال صاحب التهذيب: لا يجزئه ويجب غسله^(١) فهذا ما ظفرت به من المواضع التي قيل فيها بانجزاء ما أتى به بنية النفل عن الغرض وفاقا وخلافاً وما هذا ذلك فلا يجزئه قطعا عملا بقوله ﷺ «وإنما لأمرى ما نوى»^(٢).

والله سبحانه أعلم آخره والحمد لله رب العالمين وحصل الله على سيدنا محمد وآله اجمعين. قال مؤلفه: ١٧/ب

فرغ منه كتابة... الشيخ الامام العالم العلامة خليل بن العلائي الشافعي بيت المقدس في أواخر شهر جمادى الأولى سنة ست وخمسين ومبعمائة وفسرغ منه تعليقه العبد المقتدي إلى الله تعالى الراجي رحمة ربه وغفرانه عيسى بن إبراهيم بن ناجي الهادي نسما المقدسي مولدا الشافعي مذهبا.

عفا الله عنه وغفر له ولؤلفه والناظر فيه لجميع المسلمين انه هل ما يشاء قدور.

الحمد لله.

طالع في هذا الكتاب فقير عفويوه محمد بن أحمد بن الصمدي القرشي الشافعي.

الحمد لله تعالى ملكه فقير عفويوه المشار إليه اعلاء محمد بن أحمد بن سمدي

الشافعي.

(١) وهو الذي رجحه في الرواية لكنه قال يجزئه ويجب اعادته فيكون ما فيها معلقة لأنه ليست مقالة له ولا معلقة التهذيب.

(٢) حقق عليه: انظر صحيح البخاري (مع الفتح) ١/١٢٩، ١/١٣٥، ح ٥٤ وأيضاً رقم ٢٥٩٩، ٣٨٩٨، ٥٠٧٠ وغيرها.

وسلم في صحيحه ٣/١٥٦٥ - ١٥٦٦ ح ١٩٠٧.

واخرجه اصحاب السنن وشيخهم والحديث مشهور.

ترجمة المؤلف : الحافظ صلاح الدين العلائي

اسمه وكنيته ولقبه :

هو صلاح الدين بن أبي سعيد بن خليل بن الأمير سيف الدين كيكليدي بن عبيد الله العلائي النعماني الشافعي^(١).

مولده :

ولد بمدينة في ربيع الأول سنة أربع وتسعين وسبعمائة (٦٩٤ هـ)^(٢).

تألمه وتحصيله العلم :

ولد الحافظ العلائي من أب جنيني تركي، ومع أن والده يعمل بالجندية إلا أنه لم يعمل في تعليم ابنه وتدرسه حتى بلغ الحافظ ذروة الكمال العلمي . وكان أول سماعه صحيح مسلم، سنة ثلاث وسبعمائة على الشيخ شرف الدين الفزاري عظيم دمشق^(٣) . وفيها كمل عليه نظم القرآن العظيم، ثم أنه سمع صحيح البخاري على ابن مطرف : محمد ابن أبي العز بن مشرف بن بيان الانصاري (٧٠٧ هـ)، وقد ابتدا بقراءة العربية وغيرها على الشيخ : فجم الدين الشافعي والفقه والفرائض على الشيخ زكي الدين زكري، ثم أنه جد في طلب الحديث سنة عشر وسبعمائة، وقرأ بنفسه على القاضي سليمان بن حمزة الخليلي الكثير، وعمل غيره وشهوته بالسراغ نحو سبعمائة شيخ^(٤) وكان أولاً بمكة الجديدة، ثم أنه سنة خمس عشرة وسبعمائة عاود الاشتغال بالقرآن والأصول وغيرها لذلك^(٥).

شيوخه :

لقد درس العلائي على عدد كبير من المشايخ وأخذ عنهم، ولازم الشيخ كمال الدين ابن الزملكاني سفرا وحضرًا وعلق عنه^(٦).

والأكثر منهم :

١ - إبراهيم بن عبد الرحمن بن إبراهيم بن سباع الفزاري أبو إسحاق برهان الدين ابن الفركاح المصري البعثي (٦٩٠ هـ - ٧٢٩ هـ)^(٧).

٢ - إبراهيم بن عبد الرحمن بن أحمد بن محمد بن زين الدين نجم الدين الشيرازي، (٦٣٤ هـ - ٧١٤ هـ)^(٨).

(١) انظر : طبقات الشافعية ١/١٠٤، شذرات الذهب ١٩٠/٦، المدارس ٦٠/١.

(٢) انظر : شذرات الذهب ١٩٠/٦، المدارس ٦٠/١، الفتح المبين ١٧٥/٢، الدرر الكاشفة في أعيان الحداث ١٣٣٠/٣.

(٣) انظر : المدارس في تاريخ المدارس للفتيحي ١٠/١.

(٤) انظر المدارس ١٠/١.

(٥) انظر الملوس ١/٦٦.

(٦) انظر المدارس ١/٦٦، وشذرات الذهب ١٩٠/٦.

(٧) انظر ترجمته في طبقات الشافعية ١/٤٥ - ٤٦، شذرات الذهب في أخبار من ذهب - ابن العماد الخليلي ٨٨/٦.

(٨) انظر ترجمته في الدرر الكاشفة ١/٣٦، شذرات الذهب ١/٣٣.

- ٣ - إبراهيم بن عبد الكريم بن راشد بن عبد الجليل المحدث برهانه الدين أبو اسحاق القرشي الدمشقي الذهبي (٦٣٠ هـ - ٧٦٨ هـ) (١).
- ٤ - إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الطبري المكي ونحوه الدين أبو اسحاق (٦٣٦ هـ - ٧٢١ هـ) (٢).
- ٥ - أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحارثي الدمشقي شيخ الإسلام ابن تيمية أبو العباس (٦٦١ هـ - ٧٢٨ هـ) (٣).
- ٦ - سليمان بن مزكين أحمد بن عمر نقره الدين بن قدامة المقدسي (٦٤٨ هـ - ٧١٥ هـ) (٤).
- ٧ - محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة قاضي القضاة بدر الدين الكتاني الحنبلي (٦٣٩ هـ - ٧٣٣ هـ) (٥).
- ٨ - محمد بن أحمد بن عثمان بن قبايظ الذهبي أبو عبد الله شمس الدين (٦٧٤ - ٧٤٨ هـ) (٦).
- ٩ - محمد بن عبد الرحيم بن محمد الشافعي صفي الدين الحنفي الأرموي أبو عبد الله (٦٤١ هـ - ٧٤٥ هـ) (٧).
- ١٠ - محمد بن علي بن عبد الواسع بن عبد الكريم الانصاري كمال الدين المعروف بابن الزملكاني (٦٦٧ هـ - ٦٩٧ هـ) (٨).
- ١١ - يوسف بن الزكي عبد الرحمن بن يوسف بن عبد الملك الذي الدمشقي جمال الدين أبو الحجاج (٦٥٤ هـ - ٧٤٢ هـ) (٩).

المناصب التي تولاها:

التدريس:

كان العلافي عالماً في فنون كثيرة وسارعاً فيها وعميقاً. واستفاد الناس من علمه وبراعته. فقد قام بجمعة التدريس في عدة مدارس فيها:

- ١ - دار الحديث الناصرية، وفي فيها تدريس الحديث سنة (٧١٨ هـ) (١٠).
- ٢ - المدرسة الأصلية بدمشق وفي التدريس منها سنة (٧٢٣ هـ) (١١).
- ٣ - دار الحديث الجمعية بدمشق وفي التدريس منها سنة (٧٢٨ هـ) (١٢).
- ٤ - المدرسة الصلاحية بالقدس وفي التدريس فيها سنة (٧٣١ هـ) (١٣).
- ٥ - المدرسة التنكزية وفي تدريس الحديث فيها ونحوها فيها إلى أن مات (١٤).
- ٦ - دار الحديث السنية وفي شيختها (١٥).

تلاميذه:

عرفنا عما سبق أن العلافي قام بجمعة التدريس بعدة مدارس فكثر تلاميذه في البلدان واشتهروا وشكروا. وفي بعض أشهر تلاميذه:

- (١) انظر ترجمته في الفرد الكاشفة في أعيان المائة الثامنة - ابن حجر العسقلاني ٤٠/١.
- (٢) انظر ترجمته في الفرد الكاشفة ٥٤/١، الدروس ٦٢/١، شذرات الذهب ٥٦/٦.
- (٣) انظر ترجمته في الفرد الكاشفة ١٤٤/١، البداية والنهاية ١٤/١٣٥، التحويم الزاهرة ٩/٢٧١، شذرات الذهب في أخبار من ذهب - ابن المياد الحنبلي ٨٠/٦ - ٨٢.
- (٤) انظر ترجمته في الفرد الكاشفة ١٤٦/١، الدروس ٥٢/١، شذرات الذهب ٩٠/٦.
- (٥) انظر ترجمته في طبقات الشافعية ٢٣٠/٥، شذرات الذهب ١٠٥/٦.
- (٦) انظر ترجمته في الدروس ٧٨/١ - ٧٩، شذرات الذهب ١٥٣/٦ - ١٥٤.
- (٧) انظر ترجمته في الفرد الكاشفة ١٤/١، البداية والنهاية ١٤/١٣٥، شذرات الذهب ١٩٦/١٤ - ١٩٧.
- (٨) انظر ترجمته في طبقات الشافعية ٢٥١/٥، شذرات الذهب ٧٨/٦.

• الكلام في بيع القصور •

- ١ - إبراهيم بن الحليبي زين الدين بن عبد الرحيم بن محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة، برهان الدين أبو اسحاق المصري الدمشقي (٧٢٥هـ - ٨٠٥هـ) ^(١)
- ٢ - محمد بن محمد بن عثمان الحليبي المشمي شهاب الدين الغزي (٧٣٣هـ - ٨٠٥هـ) ^(٢)
- ٣ - اسماء بنت خليل بن تكتلي العثالي (٧٢٥هـ - ٧٩٥هـ) ^(٣)
- ٤ - اسماعيل بن علي بن الحسن بن سعيد بن صالح القفطلي المصري نفي الدين (٧٠٢هـ - ٧٧٨هـ) ^(٤)
- ٥ - اسماعيل بن عمر بن كثير بن عمرو الدمشقي المعروف بـ ابن كثير (٧١٥هـ - ٧٧٤هـ) ^(٥)

ثناء العلماء عليه :

قال ابن السبكي: كان حافظاً، ثباتاً، ثقة، علوفاً بإسائه الرجال والمثل والنسب، لغزها، متكلاً، كذاً شاعراً ناضجاً تائراً، متفتناً، لم يخلف بعده بالحدث مثله

وقال : أما الحدث فلم يكن في عصره من يدينه فيه ^(٦)

قال ابن العماد الحنبلي : الأمام للمحقق بقية الحفاظ ^(٧)

ذكر الأعيان: علماً عن الصفتي في تاريخه . قُلْ إِنْ أَرِيتَ مثله في تحقيق ما يقوله ودقيقه .

وقال السيد الحسيني في ذيل العم : كان أماً في الفقه والنحو والأصوله مفتناً في علوم الحديث ومعرفة الرجال، حليمة في القول والاسانيد ومصفاته نبيه عن إمامته في كل فن ^(٨)

مؤلفات :

لقد ترك الإمام العثالي مصنفاته في عدة علوم وكلها ممتقة جامدة في بابها وأكثرها ما استطاعت من كتبه المكتوبة والمخطوطة مرتبة على حروف الجداول :

(٩) انظر ترجمته في الدوايس (٣٥/١)، البداية والنهاية اسماعيل أبو الفداء (١٩١/١٤ - ١٩٢ .

(١٠) انظر الدوايس في تاريخ المدارس للذهبي (١١٨/١ .

(١١) انظر الدوايس (٦٣/١ ، ١٥٢ ، شذرات الذهب (١٩٠/٦ .

(١٢) انظر الدوايس (٥٩/١ ، ٦٢ ، البداية والنهاية (١٣٢/١٤ .

(١٣) انظر الدوايس (٦٢/١ ، ٢٣١ ، شذرات الذهب (١٩٠/٦ .

(١٤) انظر الدور الكائن (٩٠/١ والدوايس (٦٣/١ .

(١٥) انظر الدوايس في تاريخ المدارس للذهبي (١١٥/١ .

(١٦) انظر ترجمته في شذرات الذهب (٣١١/١ ، كشف المكنون عن أسامي الكتب والمكتون (٣٧ .

(١٧) انظر ترجمته في الانس الجليل (٥٠٧ ، معجم المؤلفين عمروضا كحاله (١٣٧/٢ ، شذرات الذهب في اخبار من ذهب - ابن العماد الحنبلي (٤٩/٧ .

(١٨) انظر ترجمته في الدور الكائن (٣٦٠/١ ، شذرات الذهب (٣٤٤/٦ .

(١٩) انظر ترجمته في الدور الكائن (٣٧٠/١ ، الانس الجليل (٤٥١/٢ ، شذرات الذهب في اخبار من ذهب . ٢٦٥/١ .

(٢٠) انظر ترجمته في معجم المؤلفين (٧٨٣/٢ ، شذرات الذهب في اخبار من ذهب - ابن العماد الحنبلي (١٣١/٦ .

(٢١) انظر طبقات الشافعية الكبرى - ابن السبكي (٩٠٤/٦ .

(٢٢) شذرات الذهب في اخبار من ذهب - ابن العماد الحنبلي (١٩٠/٦ .

(٢٣) انظر الدوايس في تاريخ المدارس - للذهبي (١١٨/١ ، ١٣٠ .

- ١ - آثار الفوائد المجموعة بالإشارة إلى القواعد المسدوعة^(١٦).
- ٢ - أحكام العنوان لأحكام القرآن^(١٧).
- ٣ - الأربعين الكبرى والوسطى والصغرى والمصرية في ألف عشر مجلد^(١٨).
- ٤ - الأضياء والنظائر في فروع الفقه الشافعي^(١٩).
- ٥ - الأمانى الأربعين في أعمال الخبير^(٢٠).
- ٦ - برهان التيسير في عنوان التفسير^(٢١).
- ٧ - بنية الملتزم في احاديث مالك بن أنس^(٢٢).
- ٨ - تحقيق الكلام في نية الصيام^(٢٣).
- ٩ - تحقيق للرد في أن النبي ينفخ القضاة^(٢٤).
- ١٠ - تفسير الباقية الصالحات^(٢٥).
- ١١ - تفهيم الأجل في تمارض الأكل والامتناع^(٢٦).
- ١٢ - تلخيص الفهم في تلخيص صبح الصوم^(٢٧).
- ١٣ - التنبهات للمسئلة على الواقع للمشكلة عند مالك والشافعي ومسلم^(٢٨).
- ١٤ - غريب الأصول مختصر جامع الأصول لأحاديث الرسول^(٢٩).
- ١٥ - نونية الكيل لمن حرم الخمر^(٣٠).
- ١٦ - جامع التحصيل في أحكام المراسم^(٣١).
- ١٧ - الحراني على الأمان في الأحكام.
- ١٨ - وقع الاشتباه عن أحكام الأمراء^(٣٢).
- ١٩ - وقع الاشتباه عن حديث سنة أيام من شوال^(٣٣).

- (١٦) منها نسخة في المكتبة السلطانية في مائة ورقة - فظهر أيضا في الدور الكسابة ٩٠/٧ - الدفوس ٦١/١، إيضاح المكتون ص ٢٢.
- (١٧) الدفوس في تاريخ المدارس - للتصميم ٦١/١.
- (١٨) انظر المدارس ٦١/١.
- (١٩) انظر كشف الظنون ١٠٠/١ - معجم المؤلفين ص ٢٦٦/٢.
- (٢٠) ومنها نسخة في المكتبة السلطانية في استنبول برقم ١١/١١٨١ - ٢٤٠ في ٢٧٥ صحيفة.
- (٢١) الإحلام ٤٧/٥، معجم المؤلفين ١٢٦/١، الدفوس ٦١/١.
- (٢٢) ومنه نسخة في المكتبة الظاهرية بمشق في (٨٠) صحيفة.
- (٢٣) المدارس ٦١/١.
- (٢٤) مطبوع بتحقيق إبراهيم محمد السلقيني.
- (٢٥) مطبوع بتحقيق بدر الزمان محمد شقيق النبهاني في مجلة الجامعة السلفية ببيارس الهند.
- (٢٦) كشف الظنون ١٠٠/١، معجم المؤلفين ١٢٦/٢.
- (٢٧) ومنها نسخة في مكتبة امكوريك بدمشق برقم ١٦١٢/٢.
- (٢٨) ومنه نسخة في مكتبة الرياض العلمية بالرباط برقم ٨٦.
- (٢٩) ومنه نسخة في المكتبة السلطانية باستنبول برقم ١٦٩.
- (٣٠) ومنه نسخة في المكتبة الظاهرية بمشق في ٣٥ ورقة.
- (٣١) انظر الدفوس ٦١/١ في طبع في عهد كبير.
- (٣٢) المدارس في تاريخ المدارس - للتصميم ٦١/١.
- (٣٣) إيضاح المكتون في الدليل على كشف الظنون - للمنداهي ٥٧٦/١.

- ١٨ - انسخة الكبرى في تفسير القرآن العظيم^(١).
- ١٩ - شرح حديث «إذا اجتهد الحاكم لأحد»^(٢).
- ٢٠ - تلوية الحقوة في مسائل وقت الحقوة^(٣).
- ٢١ - شغل المستفيدين في حكم اختلاف المجتهدين^(٤).
- ٢٢ - المدة عند الكرب والشدة^(٥).
- ٢٣ - عقيلة الطالب في ذكر اشرف الصفات والفتاوى^(٦).
- ٢٤ - فتاوى^(٧).
- ٢٥ - قواعد الملائي^(٨).
- ٢٦ - كشف انقلب عاوري النسخات (الخجاري ومسلم) للإمام (رضي الله عنهم)^(٩).
- ٢٧ - الكلام عن حديث «لا يرت المسلم الكافر»^(١٠).
- ٢٨ - الكلام على حديث «نطلع لي بحر»^(١١).
- ٢٩ - الكلام على حديث «الحياء من الأمان»^(١٢).
- ٣٠ - الكلام في بيع الفصول^(١٣).
- ٣١ - المالة المتقاء من صحيح مسلم^(١٤).
- ٣٢ - المالة المتقاء من سنن الترمذي.
- ٣٣ - المياض المختارة في تفسير آية الدين والكفارة^(١٥).
- ٣٤ - المجالس المبكرة^(١٦).
- ٣٥ - المسجوع المذهب في قواعد المذهب^(١٧).
- ٣٦ - المختلطون^(١٨).

- (١) انظر جامع تيمورية في دار الكتب المصرية برقم ٢٤١.
- (٢) انظر جامع تيمورية في دار الكتب المصرية برقم ٢٤١.
- (٣) انظر جامع تيمورية في دار الكتب المصرية برقم ٢٤١.
- (٤) انظر في الدلوس في تاريخ الدلوس - لتعيمي ٦١/٦.
- (٥) ومعا نسخة في مولد برقم ٤١٤٨.
- (٦) شذرات النخب ٦/١٩٠، ايهام الكتون ٢/١١٧.
- (٧) وسما نسخة في مكتبة الظاهرية بدمشق في ٥٦ ورقة.
- (٨) وهو الاشياء والفتاوى.
- (٩) مخطوط في مكتبة كوبريتي.
- (١٠) انظر: جامع تيمورية ١١٣ - ١١٩ في دار الكتب المصرية.
- (١١) حققه عبد المجيد صاحبزادة في رسالته التي قدمها إلى كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية لنيل شهادة الليسانس.
- (١٢) انظر جامع تيمورية ١١٧ - ١١٩ في دار الكتب المصرية.
- (١٣) وهو للكتاب الذي نحن بصدده.
- (١٤) كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون - حاجي خليفة ٢/١٥٧٧.
- (١٥) انظر المدارس في تاريخ المدارس - لتعيمي ٦١/٦.
- (١٦) انظر الاعلام للزركلي ١٧/٥.
- (١٧) ومنه نسخة في مكتبة الأزهر برقم ٨٦/٤، وفي السليمانية باستانبول برقم عام ١٩٧١ وخصاص ١٣٨٧.
- (١٨) ومنه نسخة في كوبريتي برقم ٢٨٦.

- ٣٧ - مسألة التسمية على الذبيحة^(٣٧).
- ٣٨ - مسألة اشتراط الفسوق في الوقف على معين^(٣٨).
- ٣٩ - مسألة خيار المجلس^(٣٩).
- ٤٠ - مسألة شفعة الجوار^(٤٠).
- ٤١ - مسألة مضاعفة الموقوفات^(٤١).
- ٤٢ - المسائل المختارة^(٤٢).
- ٤٣ - منحة الرافض لعلوم آيات الفرائض، وذكر في السرر الكتبة وأبواب الطاليم والدارس تحفة الرافض^(٤٣).
- ٤٤ - منيف الحرية لمن تيسر له شريف الصحة^(٤٤).
- ٤٥ - نومة السقرة في تصوير خواتيم سورة البقرة^(٤٥).
- ٤٦ - نظم الموالدلا تضمنه حديث ذي اليدين من القرائد^(٤٦).
- ٤٧ - التلخيصات التفسيرية^(٤٧).
- ٤٨ - الاختد الصحيح لما اعترض عليه من احاديث المصاييح^(٤٨).
- ٤٩ - نهاية الاحكام لمراقبة الاحكام^(٤٩).
- ٥٠ - الوصي المعلم فيمن روى عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ^(٥٠).

ماذا ما وقعت عليه من مؤلفات العلائي وربما كان هناك المزيد مما لم أتق عليه وهذه المؤلفات تبذل على بحر
في علوم كثيرة مما جعل من امام في علوم شتى رجلا الناس يسمون بمؤلفاته.
ولمسه:

توفي الحافظ العلائي في الثالث من المحرم سنة إحدى وستين وسميالة للهجرة بالقدس الشريف عن سبع وستين
سنة أي سنة ٧٦١ هـ^(٥١). وقد بقية باب الرحمن بالقدس^(٥١).

-
- (٥٠) انظر جامع تصويبة ٢٤١ فقرة الكتب المصرية.
 - (٦) انظر كشف الظنون عن اسامي الكتب والفنون - حاجي خليفة ١٥٧٧/٢.
 - (٣) انظر الدور الكامنة ٩٠/٢، الدارس ٦٠/١٠، شلوات الذهب ١٩٩/٦، البدر الطالع ٧٤٥/١، الانس
الجليل - حجير الدين الجليل ٤٥١/٢.
 - (٨) انظر تاريخ الادب العربي (٥) ٦٨.
 - (٩) انظر الدارس - لنسيبي - ٦١/١.
 - (١٠) انظر الدارس ٦١/١، الدور الكامنة ٩٠/٢، البدر الطالع ٧٤٥/١.
 - (١١) انظر الدارس للحمي - ٦١/١.
 - (١٢) وقد طبع بتحقيق الدكتور عبد الرحيم عماد احمد القشيري.
 - (١٣) انظر الدارس لنسيبي ٦١/١.
 - (١٤) انظر الدور الكامنة ٩٠/٢، شلوات الذهب ١٩٠/٦، البدر الطالع ٤٥١/١، انشراح الخزن في الذيل على
كشف الظنون للبقاعدي ٧١٠/٢.
 - (١٥) انظر الدارس ٦٣/١، البدر الطالع ٢٤٥/١، الدور الكامنة ٩٠/٢، طبقات مشافهة ١٠٤/١.
 - (١٦) انظر الانس الجليل ٤٥١/٢، شلوات الذهب ١٩١/٦.

فهرس مصادر المؤلف

- ١ - امالي أبو الفرج السرخسي.
- ٢ - الام - للامام الشافعي.
- ٣ - الاملاء للامام الشافعي.
- ٤ - البسيط للقرظلي.
- ٥ - النشة للفتولي.
- ٦ - تملقة القاضي أبو الطيب الطبري.
- ٧ - التريب.
- ٨ - التهذيب.
- ٩ - الفروضة للثوري.
- ١٠ - سنن أبي داود.
- ١١ - سنن البيهقي.
- ١٢ - سنن الترمذي.
- ١٣ - شرح الفروع لأبي الطيب الطبري.
- ١٤ - صحيح البخاري.
- ١٥ - الفروع لابن المناد.
- ١٦ - المقراعد لمر الدين بن عبد السلام.
- ١٧ - كتاب البيهقي.
- ١٨ - كتاب الفصوب للشافعي.
- ١٩ - المحرو والمرامي.
- ٢٠ - المختصر للمزني.
- ٢١ - المسعرة للحاكم.
- ٢٢ - النهاية لامام الحرمي.
- ٢٣ - الأوسيط للقرظلي.

نهرس المصادر والمراجع

- الأشياء والمظانر للسيوطي: جلال الدين عبد الرحمن (٩٩٩ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- الاصابة في فيسار الصحابة: أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (٨٥٦ هـ) ط: اولى دار العلوم الحديثة ١٣٢٨ هـ.
- اصول السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (٤٩٠ هـ) تحقيق أبو الوفاء الألفي: دار احياء المعارف الصحفية جند آباد الهند ١٣٩٢ هـ.
- الأعلام: خير الدين الزركلي، المطبعة العربية القاهرة ١٣٤٧ هـ.
- الأم: الشافعي محمد بن ادريس (٢٠٤ هـ) طعة مصروفا من طعة يولاقي (٣٢٠ هـ).
- الانس الجليل: جابر الدين الجليل، المنتخب - عمان - الاردن.
- ابضاح الكون: في الدليل على كشف الظنون للجندي اسماعيل باشا (١٣٣٩ هـ) نشر مكتبة المتي - بغداد.
- بداية المجتهد وبداية القاصد ابن رشد الحفيد: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي (٨٩٥ هـ) دار الفكر بيروت.
- البدلية والنهاية: اسماعيل بن عسور بن كتير عماد الدين أبو القداء (٧٧٤ هـ) ط: اولى مكتبة المعارف ببيروت ١٩٦٦ م.
- البرزخ الطالع جثمان من بعد القرن السابع: محمد بن علي، لتسويكالي م (١٢٥٥ هـ) مطبعة المعادة ط اول ١٣٤٨ نشر دار للمعرفة ببيروت.
- البرهان في أصول الفقه: امام الحرمين عباد الله بن عباد الله الجويني (٤٧٨ هـ) تحقيق: د/ عبد العظيم الديب، ط: ثالثة، دار الانتصار القاهرة ١٤٠٠ هـ.
- تاريخ الادب العربي: لكارول بروكلمان ترجمه إلى العربية الدكتور عبد الحليم دار للمعارف الطبعة الرابعة.
- تاريخ بغداد: الخطيب البغدادي، أحد بن علي (٤٦٣ هـ) المكتبة السلفية بدمشق.
- البيصرة في اصول الفقه: أبو اسحاق التستري، إبراهيم بن علي (٤٧٦ هـ) شرح وتحقيق د/ محمد حسن هيتو، دار الفكر دمشق ١٤٠٠ هـ.
- بين كلف القسري فيها نسب إلى أبي الحسن الأشعري: أبو القاسم علي بن الحسين بن عنة الله (٥٢٩ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- تجريب الفروع على الأصول: التوتنجاني شهاب الدين محمود بن أحمد (٦٥٦ هـ) تحقيق: د. محمد ادب صالح، ط: ثالثة، مؤسسة الرسالة بيروت ١٣٩٩ هـ.
- تدوين الراوي: للسيوطي، الطبعة الأولى، نشر المكتبة العنيفة بالمدينة المنورة ١٣٧٩ هـ.
- تذكرة الحفاظ: الفخري شمس الدين محمد أبو جده (٧٤٨ هـ) تصحيح عبد الرحمن بن يحيى المظلي دار احياء التراث العربي، بيروت ١٣٧٤ هـ.
- المعريفات للبصرحاني: أبي الحسن علي بن محمد بن علي المازجاني الحنفي المتوفى ٨٦٦ هـ مطبعة الخليل سنة ١٣٥٧ هـ.
- تقريب التهذيب: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (٨٥٢ هـ) دار نشر الكتب الإسلامية باكستان.
- التهذيب في تجميع الفروع على الأصول الاسنوي: جمال الدين عبد الرحمن الحسن (٧٧٢ هـ) تحقيق د. محمد حسن هيتو، ط: ثالثة مؤسسة الرسالة بيروت ١٤٠١ هـ.
- تهذيب الأصناف واللغات: القروي، يحيى الدين يحيى بن شرف (٦٧٦ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- تهذيب التهذيب: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) ط: اولى، دارالمعارف المنظمة، الهند ١٣٢٥ هـ.

• الكلام في بيع الفضولي •

- حلية الأولياء، طبقات الأصفياء: أبو نعيم (الأصبهاني، أحمد بن عبد الله (٤٣٠ هـ) دار الكتب العرب بيروت.
- الدارس في تلويح المدارس: النعمي، عبد القادر بن محمد الدمشقي (٩٢٧ هـ) تحقيق جعفر الحسني، ط. الأولى مطبعة الشرق بدمشق ١٣٧٠ هـ.
- الغرو الكفاية في أعيان الملة الكاملة: ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي (٨٥٢ هـ) تحقيق: سيد محمد حاد الحق، دار الكتب الحديثة القاهرة، ١٣٨٥ - ١٣٨٧ هـ.
- الدباج المذهب في معرفة أعيان المذهب: ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن خنسد المالكلي (٧٩٩ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- روضة الطالبين: النووي، علي الدين يحيى بن شرف ٦٧٦ هـ. المكتبة الإسلامية دمشق.
- روضة الناظر ورجة المشاعر (مع شرح ابن بدران) ابن قدامة: عبد الله بن أحمد (٦٢٠ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- السنن: أبو داود سليمان بن الأشعث (٢٧٥ هـ) تعليق عزت عبد الدعاس، ط. الأولى دار الحديث مطبعة بيروت ١٤٨٨ هـ.
- السنن: الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩ هـ) تحقيق أحمد شكري الجز، ١ - ٣ واليابة بتحقيق فؤاد عبد الباقي وفيه، دار احياء التراث العربي بيروت.
- السنن الكبرى: البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسن بن علي (٤٥٨ هـ) دار الفكر بيروت.
- السنن: انشائي أحمد بن شبيب النسابي (٣٠٣ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- سير اعلام النبلاء: الذهبي شمس الدين أحمد بن محمد (٧٢٨ هـ) ط. الأولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٤٠١ هـ.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب: ابن الصياح الحنبلي، عبد الله (١٠٨٩ هـ) ط. ثانية، دار المسيرة ببيروت ١٤٩٩ هـ.
- الصحيح للبخاري (صح فتح الهادي): محمد بن اسماعيل (٢٥٦ هـ) مرقم فؤاد عبد الباقي، المكتبة السلفية، مكتبتها مصر.
- التمحيص مسلم: بن الحجاج القشيري (٢٦١ هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العرب بيروت.
- طبقات الختابة: ابن أبي يعلى الختلي (٤٥٨ هـ) دار المعرفة بيروت.
- طبقات المشايخ الكبرى: ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب، بن تقي الدين السبكي، (٧٧١ هـ) ط. ثانية، دار المعرفة بيروت.
- طبقات المشايخ: الشيباني، إبراهيم بن علي (٤٧٦ هـ) تحقيق: احسان عباس، نشر دار الرشد العربي بيروت ١٩٧٠ م.
- طبقات المشايخ: للحافظ بن حجر، نشر مكتبة المنار، تحقيق د. عاصم الفربوقي.
- العدة في اصول الفقه: الغزالي أبو يعلى. محمد بن الحسين أنقراء (٤٥٨ هـ) تحقيق: د. أحمد بن علي سير البكري، ط. الأولى مؤسسة الرسالة ١٤٠٠ هـ.
- علوم الحديث: لابين الصلاح نشر المكتبة العلمية بالمدينة المنورة، تحقيق: نوال الدين عمر.
- فتح المميز شرح الموجز: الرازي، مطبعة النضال الاخوي بالقاهرة.
- الفتح المبين في طبقات الأصوليين: الرازي: عبد الله مصطفى، ط. ثانية. محمد أمين دبح وشركات بيروت ١٣٩٤ هـ.
- فهرس المكتبة الأزهرية: مطبعة الأزهر ١٣٦٥ هـ.
- لواعذ الاحكام في مصالح الأنام. عز الدين عبدالعزير بن عبدالسلام السلمي (٦٦٠ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.
- كشف المقفود عن أسامي الكتب والفنون: حاجي خليفة - مصطفى بن عبد الله (١٠٩٧ هـ) مكتبة المثنى بغداد ١٣٨٧ هـ.
- لسان العرب: ابن منظور، محمد بن مكرم (٧١١ هـ) دار صادر بيروت.

مجامع نيمو يدار الكتب المصرية.

مجمع الزوائد وصنع القوائد : المصنف: نور الدين أبي بكر (٨٠٧ هـ) ط . لثة دار الكتاب العربي بيروت ١٤١٦ هـ.

المجموع : النووي نثرة زكريا علي يوسف

المحصل في علم أصول الفقه : فخر الدين الرازي : محمد بن عمر بن الحصون (٦٠٦ هـ) مكتبة طه جابر قباقي الماراني . ط . أولى جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية الرياض ١٣٩٩ هـ.

المستفرد على الصحيحين : الحاكم أبو عبد الله محمد بن عبد الله السامري (١٠٥ هـ) دار الكتب العلمية بيروت.

المستصفي في علم الأصول : أبو حامد الغزالي (٥٠٥ هـ) دار احياء التراث العربي بيروت.

المسند : الامام أحمد بن محمد بن حنبل (٢٤١ هـ) ط . ثانيا : المكتب الاسلامي بيروت ١٣٩٨ هـ.

معجم المؤلفين : عمر رضا كحالة ، دار احياء التراث العربي بيروت.

المشي ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد بن محمد (٦٩٠ هـ) مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض.

المعجم الزاهرة في ملوك مصر والفاخرة : لابن تغري بردي (٨٧٤ هـ) طبع دار الكتب ومطابع كوستاقوس . الوجيز : للزمالي طبعة الحلبي بالفاخرة .

الزكاة والضرائب

قضية للبحث

الدكتور / محمد زكي عبدالبر*

المقدمة

- ١ - نعرض فيما يلي وإياً للمناقشة في موضوع هام . وقد كان هذا الموضوع محل بحث سابق لدى الكثيرين وأبدوا رأيهم فيه . ولكننا نرى الحاجة ماسة إلى إعادة عرضه للمناقشة ليبدى كل صاحب رأي رأيه مبيناً دليله الذي يستند إليه .
- ٢ - ونطبي أملاً في المستقبل في الموضوع نفسه ، لعل الله أن يهدي له من يعمل على تنفيذه .

الموضوع

ما يدفعه الشخص للدولة مما يمتنا هنا إما مقابل أعيان أو خدمات معينة له هو على وجه الخصوص (وهو ما يسمى : الرسم) ، ولما ، دون مقابل لمعيان أو خدمات تقدم له خاصة ، ليكون اياداً للدولة كي تقوم بالحاجات العامة - وهي كثيرة متعددة كالدفاع عن الوطن وحفظ الأمن في الداخل وإقامة المدارس والمستشفيات والطرق والمحاكم . . . الخ (وهي الضرائب) .

أما الأول أي ما يدفع مقابل ما يأخذه الشخص على وجه الخصوص من مياه أو كهرباء مثلاً . . . الخ ، فلا كلام فيه هنا .

وأما الثاني - وهو ما يلزم الشخص بدفعه إلى الدولة (الضرائب) لقيامها بالوظائف العامة فهو محل التساؤل هنا : هل يحسب من الزكاة الواجبة على المسلم ديانة للاتفاق على مصالحي الدولة أم لا ؟

(*) أستاذ بالدراسات العربية ونائب رئيس محكمة النقض بمصر سابقاً .

والغرض أن الكلام هنا في الدولة الإسلامية التي تسود فيها - كلا أو غالباً - أحكام الإسلام، ووفقاً للوضع الحالي القائم فعلاً وهو اتباع نظام الضرائب المعمول به في الدول الأجنبية.

وذلك حتى يتحقق الأمل المرجو وهو الانتقال إلى النظام المالي الإسلامي وأكبر قوامه الزكاة وغيرها مما شرعه الإسلام وأردات للدولة الإسلامية.

الرأي في الوضع القائم : الاختلاف فيه

ذهب البعض إلى جواز احتساب الضريبة التي دفعها الشخص للدولة، من الزكاة الواجبة عليه ومن نسب إليهم هذا الرأي : الإمام النسوي . والإمام أحمد بن حنبل . وابن تيمية (في بعض ما نقل عنه وقد قيل إنه صرح في فتاويه بما يعارض هذا النقل)^(١).

وذهب آخرون إلى القول بعدم احتسابها من الزكاة . ومن نسب هذا الرأي إليهم : ابن حجر الهيثمي والشيخ عليش والسيد رشيد رضا والشيخ محمود شلتوت وأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة وقيل أنه الصحيح عند الحنفية على ما نقل ابن عابدين^(٢).

حجة القائلين بالرأي الثاني

أحتج القائلون بعدم احتساب الضريبة من الزكاة بما يأتي :

- ١ - إن الزكاة قربة شرعية بمعدة المقادير والشروط من الشارح . أما الضريبة فهي تكليف وضعي من الدولة له مقادير وشروط أخرى .
- ٢ - إن الزكاة مصلوقها معروفة وهي المنصوص عليها في الآية الكريمة **﴿إِذَا الصَّلَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبِهِمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغُلَامِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾** فريضة من الله والله عليم حكيم^(٣) . وهي غير مصلوق الضراب .

(١ - ٢) تراجع أنوالهم في كتاب وفقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي ، ج ١ ، ص ١١١ - ١١٢ . هـ طبعه الثانية مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٥ . ص ١٩٨٥ . والمستشار عثمان حسين ، الزكاة دار الوفاء ، ١٤٠٩ هـ . ١٩٨٩ م ، ص ١٠٣ وما بعدها ويلاحظ أن المحرم الشيخ شلتوت قال بأن الضرائب تكون بخلافية معين مثل به المال ، لأن مبلغها يتصاب الزكاة ويحقق فيه شرطها يجب دينياً لمخرج زكته .

كما يلاحظ أن استفتاء المحرم الشيخ محمد أبو زهرة قال إن الضرائب القائمة لا يمكن أن تنفي عن الزكاة ، لأنها لم تسد إلى الآن حاجات الفقراء ولا بد أن تسد . ويؤخذ من ذلك أن الضرائب إذا خصصت منها مقادير ذات قيمة للتكافل الاجتماعي وسد حاجات الفقراء إلا أنها يمكن أن تنفي عن الزكاة . وقد قيل بأن في هذا تساهلاً ملحوظاً من الشيخ محمد أبو زهرة وحده الله . وهذا القول الناحل لا دليل عليه .

(٣) سورة التوبة الآية ٦٠ .

٣ - إن الزكاة عبادة ولابد في العبادة من نية التقرب إلى الله عز وجل . أما الضرائب فليست عبادة وليس فيها هذه النية .

الرد على هذه الحجج

من اليسر الرد على هذه الحجج بما يأتي :

١ - إن جمع الزكاة من الولايات التي يقوم بها ولي الأمر في الدولة الإسلامية وقالا أموال التي تليها أئمة المسلمين هي الثلاثة التي ذكرها عمر وثألها من كتاب الله عز وجل : النبي والخمس والصدقة . وهي أصناف هائلة يجمع كل واحد منها أنواعاً من المال . فأما الصدقة فزكاة أموال المسلمين من الذهب والورق والإبل والبقر والغنم والحب والثمار فهي للأصناف الثمانية الذين ساهم الله تعالى لا حتى لأحد من الناس فيها سواهم . ولهذا قال عمر هذه هؤلاء (وقد روي أن عمر أسقط منها سهم المؤلفة) .
١ - قلوبهم وقال : إن الله عز وجل أمر الإسلام ، وهذا اجتهد منه) . . الخ^(١) .

٢ - أما أن الزكاة مصارفها معروفة - وهي غير مصارف الضرائب ، فمردود بأن هذه مسئولية ولي الأمر وليست مسئولية المكلف بعد أن يأخذ الزكاة من المكلف . فإن كان ولي الأمر لا يصرف هذه الأموال التي يدفعها الشخص باسم الزكاة في أنصاف المعينة للزكاة ، فإن ذلك مسئولية أئمة الله سبحانه وتعالى . وهل كان المسلمون يحاسبون الخلفاء والولاة في ذلك ؟ أم أن الأمر كان متروكاً للخلفاء والولاة وأمرهم إلى الله سبحانه وتعالى . مع ملاحظة أن أموال الضرائب يصرف كثير منها - بطريق مباشر أو غير مباشر - على الأصناف الثمانية بالقدر الميسور .

٣ - أما القول بأن الزكاة عبادة تشترط فيها النية ، فذلك موقوف ومفروض حتى عند جبر ولي الأمر المكلف عليها . فقد حارب سيدنا أبو بكر رضي الله عنه من منعها وأعتبر ما أخذته جبراً زكاة . ولقد قيل إن الإمام ينوب عن المكلف في النية عند أخذها جبراً .

ثم : هل المقصود بالنية نية معطي المال أي المكلف أم نية آخذة أي ولي الأمر ، في الحديث المفق عليه وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعيال بالثبات ولكل

(١) أبو عبد الله القاسم بن سلام (٢٢٤هـ) الأموال ، تحقيق وتعليق محمد خليل حراس دار الفكر ، الطبعة الثانية ، ١٢٩٥هـ - ١٩٧٥م ، ص ٢٤ . وانظر الماوردي (٤٥٠هـ) الأحكام السلطانية ، الطبعة الثالثة بمطبعة الخليل ، ص ١١٣ . وابن جماعة (٧٣٣هـ) ، تحرير الأحكام ، تحقيق الدكتور فزاد عبدالمعزم ، الطبعة الأولى ، قطر ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م ، ص ٦٥ .

أمرىء مانوى^(١١)، ليس الظاهر أن العبرة بنية الملعطي تبرئة لذمته من الزكاة وهي أولى من الضرائب؟.

٤ - وأما القول بأن الزكاة غير الضريبة فصحيح من بعض الوجوه دون الوجه الأهم. هو صحيح من حيث اختلاف المقادير والشروط. ولكنه غير صحيح من حيث الوجه الأهم المعبر وهو دفع المسلم مالا لولي الأمر المسلم.

وبلاحظ أن في احتساب الزكاة من الضرائب نفع مزدوج للشخص وللدولة: نفع للشخص إذ تبرأ ذمته من دين عليه لله وللدولة الإسلامية أولى من الضرائب. ونفع للدولة إذ أن ذلك يمتنع المكلف من التهرب من الضرائب، وهو ما تشكوه سائر المجتمعات في الدول التي تأخذ بنظام الضرائب.

ولي ذلك أيضاً دفع للشيء في المال الواجب على المسلم، وفيه حل حال المسلم على الصلاح ببرئته ذمته من الزكاة وهي أولى بالأداء من الضريبة وإن كانت الضريبة واجبة الأداء أيضاً طاعة لولي الأمر. وفي هذا رد على ما قيل خلاف ذلك.

والظاهر أن وأصح القانون في بعض البلاد الإسلامية مال إلى الأخذ بهذا الرأي فمشرع قانون الزكاة في جمهورية مصر العربية الذي أعدته في سنتي ١٩٨٤/٨٣ لجنة الشؤون المالية والاقتصاد المتضرعة عن لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب نص في المادة ٥٣ منه أنه: «دلى أن يتم صدور القانون المالي وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تخضع الزكاة التي يؤديها المكلف إلى بيت المال من الضرائب المقررة عليه» وأوجب الزكاة في مال المسلم وتقوم الدولة على جبايتها وحرقها.

ويعد فإن المسلم الخريص على أداء واجبه الديني يجد حرجاً: فإنه إن احتسب ما يدفعه من الضرائب من الزكاة يبقى غير مطمئن. وإن لم يحسبها وأدى الاثنين فإنه يجد عسراً بعد أن تعددت الضرائب وارتفعت مقاديرها حتى عمت معاملات العادة اليومية فضلاً عن السنوية مع أن مع العسر سراً. مما أدى بالمرحوم الشيخ شلقوت بالقول بحساب الضرائب من وعاء الزكاة باعتبارها ديناً (الفتاوى، ص ١١٦). والمستشار عثمان حسين، للزكاة، ص ١٠٤ - ١٠٥). وكذا ما قاله الأستاذ الدكتور عبدالمعز حجازي أنه قد تتفق الضريبة في أغراضها مع الزكاة عندما تتطابق الأهداف لمواجهة مطالب الفقراء والمساكين وغيرها من الأوجه التي توجه إليها الزكاة وأنه من الواجب أن يتطور النظام الضريبي كي يخصص جزء منه لتعصيل الزكاة لمواجهة مطالب الفقراء والمحتاجين وجزء آخر يعتبر ضريبة لمواجهة الأعباء الإضافية التي تتحملها الدولة كالأمن والعدالة والمرافق الأساسية والأمر يتطلب دراسة شاملة نحن أخرج ما نكون لها

(١١) صحيح البخاري ج١ ص ٢٥٢.

الأمل في المستقبل

كلما تقدمت مجاله الوضع الحالي للدول العربية والإسلامية التي تيسر على نظام الضرائب المستمد من النظم الأجنبية. وهو علاج ضروري للحالة القائمة. ولكن الأمل في المستقبل أن يحل النظام المالي الإسلامي وقوامه الزكاة وما يضاف إليها إن دعت الحاجة، محل نظام الضرائب وسط تشريعات إسلامية عامة تنظم مسائل جوانب حياتنا الدولية والداخلية السياسية والاجتماعية والاقتصادية. فهذا هو الأرق والأوفق لدينا وحضارتنا ومستقبلنا.

وعلى الله قصد السبيل: من يهد الله فهو المهتد.

الخاتمة

عرضنا فيها تقدم:

١ - الوأين لي: هل تحسب الضريبة التي يدفعها المكلف المسلم للدولة الإسلامية من الزكاة أم لا؟ كي يطمئن المسلم إلى التصرف السليم الذي يجريه فته أمام الله سبحانه وتعالى.

٢ - والأمل في انتقال الدول الإسلامية من نظام الضرائب الأجنبي إلى النظام المالي الإسلامي النابع من شريعتنا وهو كفيل بتحقيق مصالحنا واطمئنان نفوسنا. والله الموفق.

(١) نقلًا عن صديقنا المستشر عثمان حسين، الزكاة، ص ١٠٦ نقلًا عن حديث منشور بجريدة الفرق

١٩٨٦/٥/١٥.

وكذا في مشروع قانون الزكاة الذي اقترحه صديقنا المستشر عثمان حسين إذ نص فيه في المادة ٢٥ على مايلي:

«الزكاة والضرائب»:

- ١ - أوله الضرائب لا يعفي من الزكاة ولا يعفي عن وجوب أداء الزكاة وذلك أنها كانت هذه الضرائب، وأما كانت لجهة العامة المداة إليها.
- ٢ - وعظم قيمة الزكاة المدفوعة من أي مال أو دخل، من وعاء الضرائب التي تستحق من هذا المال أو الدخل، أو من وعاء الضريبة عن الأيراد العام.
- ٣ - ويعد النظر في تشريعات الضرائب الحالية وذلك بهدف إلغاء بعض الضرائب التي تنفي عنها حصيلة الزكاة وتخفى ثلثت بعض الضرائب الأخرى التي تكفي هذه الحصيلة لمواجهة مصارفها.

(المستشر عثمان حسين، الزكاة: الضمان الاجتماعي الإسلامي، ص ٢٢٩). وهو من القائلين بعدم احتساب الضرائب من الزكاة كما تقدم. واقترحه هذا يقوم على الوضع الحالي القائم فعلاً والذي نرجو أن يحل محل النظام المالي الإسلامي وقوامه الزكاة وبغيرها مما يراه الإسلام وبغيره الشارح الإسلامي. والله المستعان.

الطريق إلى المكتبة

في حل مسائل الجَد والإخوة

د. عبد العزيز بن محمد الزيد*

مقدمه :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين ومن استن بسنته واستقام على هديه إلى يوم الدين .

وبعد . . فإن خير ما يذل في الجهد فهم كتاب الله . وإن من خير ما يصرف فيه الوقت تعلم الفرائض وتعليمها . وقد ورد الحث على الاهتمام بها في عدد من الأحاديث والآثار كقوله صلى الله عليه وسلم : «العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل ، أبة حكمه ، أو سنة قائمة ، أو غريضة عادية»^(١) وقوله : «تعلموا الفرائض (أي علم الفرائض) وعملوه فإنه نصف العلم ، وهو ينسى ، وهو أول شيء ينزع من امتي»^(٢) وقوله : «تعلموا الفرائض وتعلموها الناس في أي أمرؤ مقبوض ، وإن بالعلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف اثنان في الفريضة فلا يجد من ينفصل بينهما»^(٣).

وعن عمرو بن دينار قال : «تعلموا الفرائض ، واللحن ، والسنة ، كما تعلمون الفرائض»^(٤).

* استاذ مساعد بجامعة الملك عبد العزيز في جدة .

(١) غرر مستر له داود ١٥٩/٤ حديث رقم ٢٧٦٥ وسنن ابن ماجه ١٢/١ رقم ٤٢ .

(٢) سنن ابن ماجه ١١٩/٦ رقم ٢٧٥١ جمع الفوائد الجامع لكتب السنة المطهرة ٣٦/١ ، نيل الأوطار ٢١/١ مختصر الجذر النهر من ٦٨١ .

(٣) تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج لابن الملقن ٣١٥/٢ غرر البدر النيراني في تفرج احاديث الشرح الكبير لابن الملقن ص ١٨١ ، ومضى الأشجار لابن تيميه وشرحه نيل الأوطار للشوكاني ٥٤/٦ ، اروق القليل في تخرج احاديث من السبل ١١٣/٦ .

(٤) سعيد بن منصور في سنة ١/٣ .

وعن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال: «من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض»^(١).

وفي الصحيحين احاديث تفيد برفع العلم كله في آخر الزمان وفشو الجهل^(٢) وإذا كان ذلك حاصلاً فيا يالك بالفرائض التي تحتل ولا شك، مكاناً بارزاً بين فروع العلم المتعددة^(٣) وعليه فقد يعد ما ذكره بالصحاح وغيرها دليلاً قوياً يعضد ما ورد من كون الفرائض من أول ما يختلص من العلم ويتلشى^(٤) لأن الفرائض تحتاج إلى معرفة بالفقه والحساب مع شيء من التفريع يمكن من الإطلاع المستمر على الكتب سواء منها ما أفرد للفرائض أو ما ورد عنها في كتب الفقه والحديث مع التمرس على طرق قسمة مسائل الفرائض وإيمان النظر في دقائقتها.

ولأن نسبة العلماء بالفرائض إلى غيرهم في تناقص مستمر.

ولا شك أن ثمة صعوبات ظلت تكتنف عدداً من مسائل الفرائض على مر العصور كما هو الحال في باب الجدة والإخوة الذي وصفه الإمام القرطبي المحاسب أبو عبدالله النوفلي (ت ٤٥٠هـ) بالغموض في قوله: «وقد أحكمنا أصول الجدة وفروعه وأكثرنا منها لأنها من أخص أبواب الفرائض وأكثرها مسائل»^(٥) وصرح بصعوبته أيضاً إمام الفرضيين في زمانه الشيخ عبدالله الشنشوري الفرضي (ت ٩٩٩هـ)^(٦) بقوله شرحاً لما ورد بالرحبية بشأن باب الجدة والإخوة: والمراد أنك تصغي لما نورد من العبارات في الجدة والإخوة وتجميع أول الكلام وآخره وتفصيله وإجماله وتبتم بذلك اهتماماً زائداً على أن تظفر ببعض المراد وإنما قلتم هذا الكلام، لأن باب الجدة والإخوة خطر صعب الكرام^(٧). وكذا أشار إلى تلك الصعوبة فرضي المدينة المنورة إبراهيم بن عبدالله بن إبراهيم (ت ١١٨٩هـ)^(٨) في كتابه الكبير الذي شرح فيه المنظومة المسماة كل فائض في علم الوصايا والفرائض المعروفة بالفية الفرائض، على المذاهب الأربعة^(٩).

(١) المصدر السابق ٧/٣.

(٢) انظر صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ١/١٧٨ - ١٧٩ و ١٩٤ - ١٩٥ وانظر صحيح مسلم مع شرحه للنووي ١٦/٣٢١ - ٣٢٥.

(٣) أصول الفرائض (مخطوطة من ٤٦ الذي فرغ الباحث من تحقيقه).

(٤) انظر ترجمته في الصفحة لمعبرية على الفوائد الشنشورية ص ٦.

(٥) الفوائد الشنشورية في شرح المنظومة الرحبية ص ١٣١ بهامش التحفة المعبرية.

(٦) لمزيد من المعلومات عما ورد عنه واجمع كتبه عليه نجد خلال ستة فروع للشيخ عبدالله بن عبد الرحمن البسام ٥٠٥/٢.

(٧) انظر ١/١٠٥.

وتوريت الإخوة مع الجند أثار جدلاً كبيراً جعل العلماء يفترون بشأنه على قولين: الأول قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه وهو أن الجند أب الأب، يقوم مقام الأب عند عدمه وعليه فلا يرث الإخوة معه. وقال بقوله من الصحابة رضي الله عنهم أكثر من ثلاثة عشر صحابياً وكذا أبو حنيفة وأحمد في قول عنه ونعيم بن حماد وداود وإسحاق بن راهويه وزفر واللوؤلي والمزني وأبن سريج وابن اللبان وشيخ الإسلام ابن تيمية وابن قيم الجوزية وغيرهم.^(١)

والثاني القول بأن الإخوة يرثون مع الجند وبه قال من الصحابة علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبعد اتفاق هؤلاء الثلاثة على مبدأ توريت الإخوة مع الجند افترقوا في كيفية توريت الجند معهم على ثلاثة مذاهب أشهرها مذهب زيد الذي أخذ به مالك والشافعي وأحمد، في أشهر القولين عنه، وأبو يوسف ومحمد (صاحباً أبي حنيفة)^(٢). وبفضل اعتقاد هؤلاء الأئمة لمذهب زيد أصبح المسلمون أمام خيارين بين قول زيد أو قول أبي بكر في ميادين التطبيق العملي بين القضاة.^(٣) وحسب اختلاف الزمان والمكان.

ليقول أبي بكر مثلاً كان العمل في عدد من البلدان في الخلافة العثمانية^(٤) وفي الدولة السعودية الأولى عمل به الشيخ محمد بن عبد الوهاب وتلاميذه.^(٥) وفي أمانات حله اختار القانون الأرفقي العمل بقول أبي بكر^(٦) وفي المملكة العربية السعودية في مجال التطبيق العملي ترك للقاضي أن يختار ما يراه الأولى فممنهم من يقضي بقول أبي بكر ومنهم من يقضي بقول زيد. وفي مصر بصدر قانون ١٩٤٣م ترك العمل بقول أبي بكر واستبدل به قوله بقول مطلق من مذهب علي ومذهب زيد كما قال الشيخ محمد أبو زهرة.^(٧) ثم حذا القانون السوري في ١٩٥٣م حذو القانون المصري في ترك العمل

(١) إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ٤٢٩/١ - ٤٤٩، المذهب القرافي ١/١٠٥ - ١٠٦.

(٢) مختصر القرائن ص ٥٧، التهذيب في القرائن لابي الخطاب الكلواني ص ٤٧ للمقي لابن قدامة ٦٤٧/٧ - ٦٥ و ٦٧/٧ - ٦٨ وفتح الباري شرح صحيح البخاري ١٨/١٤ - ٢٢، وشرح السراجية للجرجاني ص ٧٩ - ٨٠. قال الجرجاني في شرح السراجية ص ٨٠ (ومن رسم المقي أنه إذا كان أبو حنيفة رحمه الله في جانب وصاحبه في جانب كان هو - أي المقي - هيئاً في اختيار أي القولين شاء). وقد كانت الفتوى في سوريا قبل قانون ١٩٥٣م على قول أبي حنيفة الذي يقول بقول أبي بكر انظر علم القرائن للوارث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري لمحمد خيري المقي ص ١٦٤ وكذا في مصر قبل قانون ١٩٤٣م.

(٣) إلهام الموقعين ١/٤٢٧.

(٤) أحكام الوارث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة لمحمد عي الدين عبد الحميد ص ١١٥ وإحكام الوارث في الشريعة الإسلامية للدكتور جمعة محمد محمد براج ص ٣٩٢.

(٥) الدرر السنه جمع عبدالرحمن بن قاسم العصامي ٣٠٢/٤.

(٦) الميراث في الشريعة الإسلامية للدكتور ياسين أحمد إبراهيم نواكه ص ١٧٨.

(٧) أحكام الميراث والموارث ص ١٦٣.

يقول أبي بكر وفي الأخذ بما ذكره الشيخ أبو زهرة وزاد بأن جاء بقول لم يقل به أحد من الصحابة الثلاثة الذين على قولهم يُعتبَرُ الموروثون للأخوة مع الجد^(٢١) حيث جعل القانون في المادة (٢٧٩) نصيب الجد لا يقل عن الثلث في أي حال من الأحوال^(٢٢).

وللتوجه الجديد الذي ظهر من بعض التشريعات العربية للمزج بين الأصول المتبعة في توريث الإخوة مع الجد وحيث بادت المقرضين صعوبة تطبيق كل مذهب على حدة ورغم تناقض قواعده وأصوله فكيف تكون الحال حين يمزج بين مذهبين تتباين أصولها وقواعدهما!

ولا شك أن ما حصل لم يسهم في تسهيل مهمة القضاة بل زادها تعقيداً وأما مهمة المدرس فحدثت ولا حرج فهو مطالب بحل الغموض الحاصل من التداخل بين المسائل الكثيرة حيناً والتناقض حيناً آخر وصولاً إلى أنواع من التناقض يفهمها الطالب ويسلم بها.

ولقد نمت بتدريس مادة القرائن سنين كثيرة لطلاب الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى بمكة المكرمة ويقسم الدراسات الإسلامية بجامعة الملك عبدالعزيز بجدة وأدركت مدى المعاناة والحرَج التي يواجهها الأستاذ وهو يحاول حمل الطلاب على فهم قاعدة غير منضبطة لكثرة التداخلات والاستثناءات ككتاب الجد والإخوة. والله يعلم أني بذلت جهدي مع الطلاب حتى وصلت إلى طريقة ظنتها سهلت فهم الباب عليهم بعض الشيء. وللناغي بعدم كفاية ما حصل من تقدم أخذت أؤمن النظر في الكثير من المسائل التي قمت بحلها بطريقة الجدول وموازنة النتائج لمختلف الاحتمالات وأخيراً وجدته أمام ما أحسبه طريقة حسابية جديدة منضبطة تسهل الحل وتقريه لطلاب العلم ويعد ما تيت في كونها سهلة التناول مفسومة النتائج أمليت مخطوطاتها على طلابي بجامعة أم القرى سنة ١٤٠٦ هـ. وبعد انتقالي لجامعة الملك عبدالعزيز بجدة قمت بتطويرها ليسكن تطبيقها عن كل مسائل الباب وأمليت على طلابي سنة ١٤٠٧ هـ.

والطريقة كما أراها إضائة علمية جديدة في حجاب القرائن يمكن بواسطتها حل مسائل باب الجد والإخوة على مذهب علي وابن مسعود وزيد رضي الله عنهم وبالنظري تكون مهمة لكل من يرى توريث الإخوة مع الجد حسبها ورد في القانون المصري أو السوري أو غيرها^(٢٣).

(١) المحل لابن حزم ٢٩٢/٩.

(٢) علم القرائن والمورث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري لحمد بخيري للفتي ص ١٦٨ - ١٦٩.

(٣) قول أبي بكر رضي الله عنه لا يباح إلى هذه الطريقة؛ لأنه لا يستدعي أكثر من وضع الجد بدل الأب عند النسبة.

النسب الأربع وطريقة رسم الجدول

وقبل عرض الطريقة التي ولغني الله إليها، ثمة ما يعتبر من مستلزمات وحدت إيرادها توطئة تساعد على فهمها كعمرفة طريقة الجدول (الشباك) وطريقة التصحيح لا سيما وأن هناك من لا يحسن استخدام طريقة الجدول أو الشباك في حل مسائل الفرائض في بلادنا العربية قهلاً عن من يكون في الأقطار المترامية الأطراف من عالمنا الإسلامي. وهانذا أبين ذلك فاقول: لحل مسائل الموارث بطريقة الجدول لابد من معرفة ما أطلق عليه الفرضيون المحدثون بالنسب الأربع وذلك بطريقة رسم الجدول ووضع الورثة بداخله باتباع الخطوات التالية:

الخطوة الأولى:

الأسهل على المبتدئ أن يضع الورثة بنسبهم إلى الميت في اسطر متتالية كل واحد منهم في سطر خاص به، ولا بأس أن يبدأ بأصحاب الفروض ويعمل من يشترك من الورثة في النسبة إلى الميت متجاورين كالأولاد والزوجات والشقيقات والأخوة لأم وأبناء العم الخ.

الخطوة الثانية:

نرسم خطاً أفقياً تحت كل وارث وخطين فوق الوارث الأول ثم نرسم خطين قائمين على يسار الورثة ليصبح لدينا جدول من قائمتين اليمنى للورثة والفقية لأهل المسألة وأنصبة الورثة.

الخطوة الثالثة:

من كان من الورثة صاحب فرض كـ $\frac{1}{4}$ / $\frac{2}{4}$ / $\frac{1}{4}$ وضعنا فرضه على يمينه بالقائمة الأولى وإن اشترك في الفرض اثنان فأكثر رسمنا علامة الشريك () على يمينهما وضعنا الفرض على يمينها. ومن كان من الورثة عاصباً وضعنا على يمينه بالقائمة الأولى حرف (ع) وإن كان العصبه أكثر من واحد رسمنا علامة الشريك على يمينهم ثم وضعنا علامة التعصيب (ع) أنظر مثال (١).

مثال (١)

	$\frac{1}{2}$ زوجة
	$\frac{1}{8}$ زوجة
	$\frac{1}{4}$ ابن
	بن بنت
	بن بنت ابن
	$\frac{1}{8}$ ابن
	$\frac{1}{8}$ بنت

الخطوة الرابعة :

نعمل على إيجاد أصل المسألة ويتم ذلك بالمقارنة بين مقامات الفروض على أساس ما يسمى بالنسب الأربع وهي مرتبة كالتالي :

١ : التماثل : إذا كانت الفروض $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{4}$ فمقاماتها التي يتم المقارنة بينها $\frac{2}{2}$. وإن كانت $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{8}$ فمقاماتها التي يتم المقارنة بينها $\frac{2}{4}$. فلذا أردنا إيجاد أصل المسألة وقارنا بين العددين ووجدنا بينهما تماثلاً فإننا نطبق قاعدة التماثل التي تقول : إذا وجد تماثل بين عددين فنكتفي بأحدهما ونجمله أصلاً للمسألة انظر مثال (٢٥ و ٢٥) .

مثال (٣)

٦	$\frac{6}{6}$
	$\frac{1}{2}$ ابن
	$\frac{1}{4}$ ابن
	بن ابن

مثال : (٢)

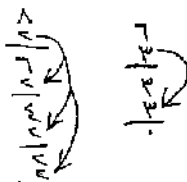
أصل المسألة	
٤	$\frac{4}{4}$
	$\frac{1}{2}$ زوج
	$\frac{1}{4}$ بنت

٢ : التداخل :

إذا وجد في المسألة فرضان $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{8}$ وأردنا المقارنة بينهما فلإننا نجد أن مقام $\frac{1}{4}$ (٢) داخل في مقام $\frac{1}{8}$ (٤) لأنه جزء منه ، وكذا الحال بالنسبة لفرض $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{8}$ أو $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{8}$ أو $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{8}$. وللتعرف هل يوجد تداخل بين عددين من عدمه نقوم بطرح أصغر العددين من أكبرهما ثم نكرر طرح العدد الأصغر من باقي الأكبر فإن كانت نتيجة عمليات الطرح المذكورة صفراً فالعددان متداخلان وإلا فلا . انظر مثال (٤) . فإن ثبت التداخل بين العددين فنطبق عليهما قاعدة التداخل التي تقول :

إذا وجد تداخل بين عددين فنكتفي بالأكبر منها ونجعله أصلاً للمسألة ونضعه في المربع العلوي من القائمة الثانية بالجدول انظر مثال (٥ ، ٦) .

مثال (٤)



مثال (٦)

أصل المسألة

٤	← ٤/٤
	ع. زوج
	ع. بنت
	ع. أخ س

مثال (٥)

أصل المسألة

٦	← ٦/٣
	ع. ٣
	ع. أخ ل
	ع. ع

• الطريقة المتكررة في حل مسائل الجذ والأخرى •

٣ : التوافق : إذا وجد في المسألة فرعان $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{6}$ وأردنا المقارنة بينهما فإننا لا نجد أن مقام الربع (٤) متبائلاً مع مقام السدس (٦) ولا داخلاً فيه وكذا الحال بالنسبة لفرعي $\frac{1}{6}$ و $\frac{1}{8}$. وللتعرف على وجود توافق بين عددين من عدمه نقوم بالتقريب عدد مشترك بينهما (يكون أصغر منها أو مثل أحدهما) ويمكن لكل العددين القسمة على العدد المقترض قسمة صحيحة ويسمى حاصل قسمة كل من العددين على العدد المقترض وفقاً، انظر مثال (٧).

$$\begin{array}{lcl} \text{مثال: (٧)} & & \\ \text{وفق } 2 = 2 \div 1 & & \text{وفق } 2 = 2 \div 1 \\ \text{وفق } 4 = 2 \div \frac{1}{2} & & \text{وفق } 2 = 2 \div 1 \end{array}$$

فإذا ثبت التوافق بين العددين فنطبق عليهما قاعدة التوافق التي تقول:

إذا وجد توافق بين عددين فنضرب وفق أحدهما في كامل الآخر ونجمل حاصل الضرب أحداً للمسألة، انظر مثال (٨، ٩).

مثال (٩)

٤٤	٨ / ٦
	$\frac{1}{8}$ زوجه
	$\frac{1}{6}$ ٣
	$\frac{1}{4}$ ٤

حاصل الضرب اصل
المسألة

$$24 = 8 \times 3$$

١٢ حاصل ضرب
وفق الأربعة في
كامل الستة.

حاصل الضرب
اصل للمسألة

$$12 = 6 \times 2$$

١٢ حاصل ضرب
وفق الستة
في كامل
الأربعة.

مثال (٨)

١٢	٦ / ٤
	$\frac{1}{2}$ زوجه
	$\frac{1}{4}$ ٣
	$\frac{1}{6}$ ٤

١٢ = ٦ × ٢
وفق الأربعة في
كامل الستة.

١٢ = ٤ × ٣
وفق الستة
في كامل
الأربعة.

٤ - التباين : إذا وجد في المسألة فرضا $\frac{1}{3}$ و $\frac{1}{4}$ وأردنا المقارنة بينهما فلإننا نقول : ليس بين مقام النصف (٢) ومقام الثلث (٣) تماثل ولا تداخل ولا توافق فيكون ما بينهما هو التباين وكذا الحال بالنسبة لفرض $\frac{1}{3}$ و $\frac{1}{6}$ أو $\frac{1}{3}$ و $\frac{1}{8}$. وعادام العددا لا يوجد بينهما تماثل ولا تداخل ولا توافق فلإننا نطبق عليها قاعدة التباين التي تقول :

إذا وجد تباين بين عددين فنضرب كامل أحدهما في كامل الآخر ونجعل حاصل الضرب أصلاً للمسألة . انظر مثال (١٠ ، ١١) .

مثال (١٠)

٦	$\frac{3}{4}$
	$\frac{1}{3}$
	$\frac{1}{2}$ أخت
	$\frac{2}{3}$ عم

مثال (١١)

١٢	$\frac{4}{3}$
	$\frac{1}{3}$
	$\frac{1}{2}$ زوجة
	$\frac{2}{3}$ أخ

ملاحظة :

إذا وجد في المسألة أكثر من فرضين وأردنا المقارنة بينهما لإيجاد أصل المسألة، فلإننا نبدأ بالمقارنة بين مقاماتهما على أساس النسبة الأولى فإن وجدنا تماثلاً بين عددين أو أكثر منها ضربنا على التماثلات واحتفظنا بأحدهما فقط ثم نتنقل للمقارنة بينها على أساس النسبة الثانية فإن وجدنا تداخلاً بين عددين احتفظنا بالأكبر منها فقط وضربنا على الأصغر وهكذا ثم نتنقل للمقارنة على أساس النسبة الثالثة فإن وجدنا توافقاً بين عددين ضربنا وفق أحدهما في كامل الآخر وحاصل الضرب قارنا بينه وبين أحد الأعداد المتبقية على أساس النسب الأربع كلها وهكذا . وإن وجدنا تبايناً بين عددين ضربنا كامل أحدهما في كامل الآخر وحاصل المقارنات يجعل أصلاً للمسألة .

الخطوة الخامسة:

لنعطي كل ذي حق حقه من أصل المسألة نعمل ما يلي:

١ - نقسم أصل المسألة على مقام فرض كل وارث من أصحاب الفروض ونخرج القسمة نضعه على يسار الوارث المعني بالقائمة الثانية بالجدول.

٢ - إن وجد بالمسألة عاصب قلناه ما بقي. فإن لم يكن بالمسألة غير فرض واحد أعطينا صاحب الفرض فرضه ثم طرحنا مقدار الفرض من أصل المسألة وحاصل الطرح وضعناه على يسار العاصب بالقائمة الثانية. وإن كان بالمسألة أكثر من فرض أعطينا كل صاحب فرض ما يخصه من أصل المسألة ثم جمعنا ما أخذ أصحاب الفروض وحاصل الجمع طرحناه من أصل المسألة ونخرج الطرح هو الباقي بعد أصحاب الفروض فنضعه على يسار العاصب بالقائمة الثانية بالجدول انظر مثال (١٢) - (١٤).

مثال (١٢)

	٢	٢/٢
$1 = 2 \div 2$	1	$\frac{1}{2}$ زوج
$1 = 2 \div 2$	1	$\frac{1}{2}$ أخت

مثال (١٣)

	٢٤	٨/٦/٢
$= 8 \div 24$	3	$\frac{1}{8}$ زوجة
$= 6 \div 24$	4	$\frac{1}{6}$ جدة
$= 2 \div 24$	12	$\frac{1}{12}$ بنت
$19 = 12 + 4 + 3$	0	باقي بعد أصحاب الفروض
$19 = 24 - 5$		

مثال (١٤)

	٦	٦/٣
$= 3 \div 6$	<	٣ ١/٣
$= 6 \div 6$	١	٢ ٢/٣
$3 = 1 + 2$	٣	٤ ٢/٣

$3 = 3 - 6$ = العاصب

التصحيح :

ومما تلزم معرفته من قواعد الحساب أيضا ما يطلق عليه الفرضيون التصحيح^(١) وهو قسمان : القسم الأول :

إذا وجد في المسألة فريق من السوثة لا ينضم نصيبهم على عدد رؤوسهم نسمة صحيحة فإننا نجري عملية التصحيح للمسألة حسب الخطوات التالية :

الخطوة الأولى :

نضع علامة الشريك على يسار الفريق بالقائمة الثانية بالجدول ثم نضع النصيب المشترك للفريق بالقائمة الثانية على يسار علامة الشريك .

الخطوة الثانية :

نمد الخطوط الأفقية بالجدول إلى يسار القائمة الثانية ثم نرسم خطا قائما يقطع الخطوط العرضية ليشكل مع بقية الجدول قائمة ثالثة .

الخطوة الثالثة :

نقارن بين النصيب المشترك للفريق وعدد رؤوسه ونبيي المقارنة على نسبتين فقط من النسب الأربعة هما التوافق والتباين . فإن كان بين النصيب المشترك وعدد الرؤوس تباينا ووضعنا كامل عدد الرؤوس فوق أصل المسألة (خارج الجدول) ووضعنا على يساره علامة الضرب وسميناه جزء السهم . وإن كان بين النصيب المشترك للفريق وعدد الرؤوس توافقا جعلنا فوق عدد الرؤوس جزء سهم للمسألة ووضعناه فوق أصل المسألة خارج الجدول وعلى يساره علامة الضرب .

(١) العتب القاتر ١/ ١٨٢ .

الخطوة الرابعة :

نضرب جزء السهم في أصل المسألة وحاصل الضرب يسمى تصحيح المسألة فنضعه في الربع الأعلى بالقائمة الثالثة .

الخطوة الخامسة :

نُعطي كل ذي حق من الورقة حقه من هذا الأصل الجديد ، (تصحيح المسألة) نعمل ما يلي :

(أ) : نضرب جزء السهم في نصيب كل وارث من أصل المسألة وحاصل الضرب يوضع على يسار الوارث بالقائمة الثالثة تحت التصحيح .

(ب) : نضرب جزء السهم في النصيب المشترك للفرق وحاصل الضرب هو النصيب المشترك الجديد .

(جـ) : نقسم النصيب الجديد على عدد رؤوس الفريق وخارج القسمة يكون نصيب الرأس الواحد فنضعه بالقائمة الثالثة على يسار من كان من الفريق برأس واحد . أما من كان من الفريق برأسين فنضرب نصيب الرأس الواحد (خارج القسمة) في عدد (٢) وحاصل الضرب نضعه على يساره بالقائمة الثالثة .

الخطوة السادسة :

لنأكد من صحة الحل تجمع ما أخذته وارث من تصحيح المسألة وحاصل الجمع نقارن بينه وبين التصحيح فإن تساوى فالعمل صحيح وإلا فلا بد من إعادة النظر في الحل لمرة موضع الخطأ وتصحيحه ، أنظر مثال (١٥) .

مثال (١٥)

التصحيح

	X^3	
١٨	٦	٦/٦
٣	١	٢/١
٣	١	٢/١
٨	٤	٢/١
٤	٤	٢/١

$= 1 \times 3$
 $= 1 \times 3$
 $12 = 4 \times 3$
 $4 = 3 \div 12$ لكل رأس
 $8 = 2 \times 4$ للأب

عدد الرؤوس (٢)

القسم الثاني من التصحيح :

إذا وجد في المسألة فريقان أو أكثر لا ينقسم نصيب كل فريق على عدد رؤوسه فسمه
صحيحة ، وأردنا تصحيح المسألة فعلينا باتباع ما يلي :

الخطوة الأولى :

بعد رسم القائمة الثالثة بالجدول نقارن بين النصيب المشترك للفريق الأول
وعدد رؤوسه على أساس التوافق والتباين فقط ونحتفظ بنتيجة المقارنة . ثم نقارن كذلك
بين النصيب المشترك للفريق الثاني وعدد رؤوسه ونحتفظ بنتيجة المقارنة . وهكذا نعمل
بنالغ فيما فوق ونحتفظ بنتائج المقارنة .

الخطوة الثانية :

نقارن بين المحفوظات (أي نتائج المقارنة بين النصيب المشترك لكل فريق وعدد
رؤوسه) ونبنى المقارنة على أساس الشب الأربع كلها (أي التماثل والتداخل والتوافق
والتباين) فتبقى على أحد التماثلات وأكبر المتداخلات وبعد ذلك نقوم بالمقارنة بين
ما بقي من الأعداد ونبدأ بمقارنة العددين الأولين مثلاً ونتيجة المقارنة نقارنها مع العدد
الثالث ثم الرابع وهكذا .

الخطوة الثالثة :

النتيجة النهائية للمقارنات تكون جزء سهم للمسألة فنضعها فوق أصل المسألة
خارج الجدول .

الخطوة الرابعة :

نضرب جزء السهم في أصل المسألة وحاصل الضرب هو تصحيح المسألة فيوضع في
المرجع العلوي من القائمة الثالثة .

الخطوة الخامسة :

لنعطى كل وارث حقه من مصحح المسألة فنضرب جزء السهم في نصيب الوارث
المفرد وحاصل الضرب نضعه يساره تحت التصحيح .

الخطوة السادسة :

نضرب جزء السهم في النصيب المشترك للفريق الأول وحاصل الضرب هو
النصيب المشترك الجديد للفريق فنقسمه على أفراد الفريق المستحق حسب ما ذكرنا
سابقاً . وهكذا نعمل بالفرق الأخرى إلى نهاية الحل ، انظر المثال (١٦ ، ١٧) .

مثال (١٦)

المحفوظات ٤/٢/٢ ← جزئيهم $\times ١٢$ المصحح

٨/٦	٤	٨٨	٤٤
زوجة	٣	١٨	
زوجة	٣	١٨	
جدة		١٦	
جدة	٤	١٦	
جدة		١٦	
ابن		١٠	
بنت	١٧	٥١	
بنت		٥١	

٢) المزدوج ٨
٣) المزدوج ٣
٤) المزدوج ٧

تطبيق الطريقة المبكرة على مذمتي زيد بن أبي الجرد لآلوه :-

مثال (١٧)

المحفوظات ٧/٣/٢ ← جزئيهم $\times ٤٢$ المصحح

٤/٣	١٢	٥٠٤	
زوجة		٦٣	
زوجة		٦٣	
أخ		٥٦	
أخ		٥٦	
أخت		٥٦	
أخ		٦٠	
أخ		٦٠	
أخ		٦٠	
أخت		٣٠	

٢) المزدوج ٤
٣) المزدوج ٣
٤) المزدوج ٧

تطبيق الطريقة المبتكرة على مذهب زيد في باب الجلد والاختوة:

أما الطريقة التي فتح الله بها واستنبطتها لحل مسائل الباب على مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه والتي أسميتها (الطريقة المبتكرة في حل مسائل الجلد والاختوة) فقد جعلتها على قسمين لتناسب التقسيم الأساسي في مذهب زيد الذي يشمل فيما يلي:

• إما أن يفرض الجلد والاختوة من ذي فرض وعندها يكون للجدل الخيار بين القاسمة أو ثلث المال.

• ولما أن يوجد مع الجلد والاختوة صاحب فرض،^{٩٩} وهنا يكون للجدل الخيار بين القاسمة أو ثلث الباقي بعد أصحاب الفروض أو سدس جميع المال.

القسم الأول من الطريقة المبتكرة:

فالقسم الأول من الطريقة المبتكرة جعل لحل مسائل الجلد والاختوة إذا لم يكن معهم صاحب فرض. وهذا النمط من المسائل يتم حله باتباع الخطوات التالية:

الخطوة الأولى:

نعمل المسألة أولاً على افتراض القاسمة بين الجلد والاختوة فنعتبر الجلد كخام مع الاختوة، فنحسب الجلد برأس مع الاختوة إن كانوا ذكورا فقط، ونحسب الجلد برأسين إن كان الإخوة ذكورا وإناثا أو كانوا إناثا فقط.

الخطوة الثانية:

نرسم جدولاً للمسألة كالمتعاد، نضع الورثة ينسبهم إلى الميت في القائمة الأولى منه ونترك القائمة الثانية لأصل المسألة وأنصبة الورثة من أصل المسألة.

الخطوة الثالثة:

نجعل مجموع رؤوس الجلد والإختوة أصلاً للمسألة.

الخطوة الرابعة:

نقسم أصل المسألة على مجموع رؤوس الجلد والاختوة وخارج القسمة يكون نصيب الرأس الواحد. فإن كان الاختوة مع الجلد ذكورا فقط وضعنا نصيب الرأس الواحد (خارج القسمة) على يسار كل منهم بالقائمة الثانية. وإن كان الإختوة إناثا فقط أو ذكورا أو إناثا وضعنا على يسار كل واحدة من الإختوات بالقائمة الثانية نصيب الرأس الواحد،

(٩٩) كتاب السنن لمحمد بن منصور ٨/٢ - ٩ المقي لابن قدامة ٦٨/٧ - ٦٩ وشرح السراجي للجزائري ص ٨٠ و ٨٢ - ٨٣ المذهب فتلخيص ١٠٨/١ و ١١٠.

• الطريقة المبكرة في حل مسائل الجرد والاختراع •

أما الجرد والمذكور من الاختراع فنضرب لكل منهم نصيب الرأس الواحد في عدد اثنين (٢)، وحاصل الضرب نضعه على يسار كل منهم بالقائمة الثانية.

الخطوة الخامسة :

بعد ما ذكر فجرب الخيار الآخر للجرد (أي ثلث جميع المال) لترى إن كان أفضل للجرد من المقاسمة أم لا . ويتم ذلك باتباع ما يلي :

(أ) : نقسم أصل المسألة (أي مسألة المقاسمة) على مقام الثلث (٣).

(ب) : نقارن خارج القسمة (سواء كان الخارج عددا صحيحا فقط أو كسرا فقط أو صحيحا وكسرا).

مع ما استحقه الجرد بالمقاسمة فنعطى للجرد أكثر النصيبين . فإن وجدنا أن المقاسمة أفضل للجرد من الثلث أبقينا على المسألة التي عملناها بالجدول لصحتها وضرربنا على ما سواها وإن وجدنا أن ثلث المال أفضل للجرد من المقاسمة ضربنا على المسألة وعملنا مسألة جديدة بجدول جديد نفرض للجرد فيها الثلث $(\frac{1}{3})$ ونجعل أصل المسألة من ثلاثة (٣) ثم نقسم الأصل على مقام الثلث (٣) وحاصل القسمة نضعه على يسار الجرد بالقائمة الثانية ثم نطرح ما أخذناه للجرد من أصل المسألة ونبقي للاختراع ليقسم على عدد رؤوسهم إن انقسم قسمة صحيحة وإلا قمنا بتصحيح المسألة على ما وضعت سابقا، ص ١١ ، ١٢ أمثلة شكل (١٨ - ٢٢).

المقاسمة أحظ للجرد

مثال (١٨)

الخيار الثاني

$\frac{1}{3} \times \frac{1}{4} = \frac{1}{12}$

$\frac{1}{12} = \frac{1}{4} \times \frac{1}{3}$

عدد الرؤوس

١	١	١
١	١	١
١	١	١

١ = ١/٣ < ١/٤ = ١/١٢

١ = ١/٣ < ١/٤ = ١/١٢

ما يستحقه بالثلث ثلث الواحد الصحيح ، بينما ما يستحقه بالمقاسمة واحد صحيح نبقى على مسألة المقاسمة لأنها الأحظ للجرد ونضرب على الخيار الآخر (أي نضع عليه علامة الضرب دلالة على الغائه).

مثال (١٩)

الخيار الآخر للجند

$\frac{1}{3}$ جميع المال $\times$
 $\frac{1}{3} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{9}$
 $\frac{1}{9} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{27}$
 $\frac{1}{27} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{81}$

$3 \div 3 = 1$ الكلام راس (لا رجعة)
 $3 \div 3 = 1$ الجند (فريق راس الجند)
 $3 \div 3 = 1$ راسي الجند

3	←
3	جند
1	أخت

كما نرى استحق الجند بالثالث واحد بيننا استحق اثنان بالمقاسمة وعليه تكون المقاسمة احظ للجند فبقى عليها ونضرب على الخيار الآخر.

المقاسمة احظ للجند من الثالث:

مثال (٢٠)

الخيار الثاني للجند

$\frac{1}{3}$ جميع المال $\times$
 $\frac{1}{3} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{9}$
 $\frac{1}{9} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{27}$
 $\frac{1}{27} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{81}$

$5 \div 5 = 1$ الميراث راس واحد هو لاهته
 $5 \div 5 = 1$ كلام الجند واحد

5	←
5	جند
1	أخت

(5) خرج الرؤوس

كما نرى الذي استحقه الجند بالثالث $\frac{1}{3}$ بينما الذي استحقه بالمقاسمة اثنان فالمقاسمة اذا افضل للجند فبقى عليها ونضرب على الخيار الثاني (أي الثالث).

إذا وجد مع الجدة والأخوة فروض، واحد أو أكثر، كأحد الزوجين أو البنت أو بنت الإبن أو الجدة فلا يخلو الأمر على مذهب زيد من الآتي:

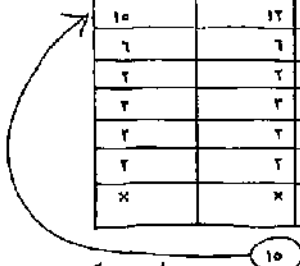
- ١ - إما أن يبقى شيء بعد أصحاب الفروض.
- ٢ - وإما أن يكون الباقي بعد أصحاب الفروض أقل من السدس.
- ٣ - وإما أن يكون الباقي بعد أصحاب الفروض السدس فقط.
- ٤ - وإما أن يكون الباقي بعد أصحاب الفروض أكثر من السدس. فهذه أربع حالات تفصلها فيما يلي:

الحالة الأولى:

إن لم يبق بعد أصحاب الفروض شيء فيفرض للجدة السدس خوفاً ويسقط الاخوة مثاله:

مثال (٢٣)

عول المسألة	اصل المسألة	
١٥	١٢	$\frac{7}{4} / \frac{1}{2}$
٦	٦	بنت $\frac{1}{2}$
٢	٢	بنتواين $\frac{1}{6}$
٣	٣	زوجة $\frac{1}{4}$
٢	٢	أم $\frac{1}{3}$
٢	٢	جد $\frac{1}{6}$
×	×	أخ $\frac{1}{4}$


 مجموع النصبية الورثة من أصل المسألة

يلاحظ أن هذه المسألة فريدة لا تطبق عليها الطريقة. لأنه لم يبق بعد أصحاب الفروض شيء بل إن المسألة حائلة بدون الجد فيعطى للجدة السدس قرصاً لوجود الولد ويسقط الأخ؛ لأنه عاصب فقط ولم يبق للعاصب شيء. والعول هو زيادة في الفروض

• الطريقة المبكرة في حل مسائل الجدة والأخت •

يقترب عليها نقص في نصيب كل واحد من أصحاب الفروض فيكون لكل واحد منهم نصيب إسمياً لا حقيقة نظراً لأزدحام الفروض". وطريقة قسمة المسألة المائلة كما هنا أن نجمع أنصبة الورثة من أصل المسألة بالقائمة الثانية ونضيف قائمة ثالثة للمجدول ثم نضع مجموع الأنصبة في الموضع العلوي من القائمة الثالثة ليعتبر أصلاً جديداً للمسألة يسمى العول ثم ننقل أنصبة الورثة كما هي من القائمة الثانية إلى القائمة الثالثة وعندها يكون نصيب الوارث في المال شائعاً بنسبة نصيبه من عول المسألة، لأن الأنصبة جميعاً تنسب إلى هذا الأصل الجديد (العول). وكذا الحال لو كان بالمسألة بدل البنت وبنت الابن بنتان صليتان فأكثر أو بنتا ابن فأكثر.

الحالة الثانية : إن بقي بعد أصحاب الفروض أقل من السدس لهنم للمجدد السدس فتعول المسألة ويسقط الإخوة. انظر المثال (٢٤ - ٢٥).

مثال (٢٤)

أصل المسألة عول		
١٣	١٢	$\frac{7}{7/4}$
٣	٣	زوج $\frac{1}{4}$
٦	٦	بنت $\frac{1}{4}$
٢	٢	أم $\frac{1}{6}$
٤	٢	جد $\frac{1}{3}$
x	x	أخت

(١٣)
مجموع النصيب أصحاب الفروض من أصل المسألة.

مثال (٢٥)

عول	أهل المسألة	
٢٧	٢٤	$\frac{2}{6/2/8}$
٢	٢	زوجة $\frac{1}{8}$
٨	٨	بنت $\frac{2}{8}$
٨	٨	بنت $\frac{1}{8}$
٤	٤	جدة $\frac{1}{6}$
٤	٤	جد $\frac{1}{6}$
٥	٥	أخ $\frac{6}{8}$

(٢٧)

الحالة الثالثة :

إن بقي بعد أصحاب دعوى المال فقط فبأخذه الجدة فرضاً ويسقط الاخوة (إلا في الأكرية) انظر مثال (٢٦ - ٢٨) والأكرية، مثال (٢٩).

مثال (٢٧)

٦	$\frac{2}{2/2}$
٢	زوجة $\frac{1}{4}$
٢	أم $\frac{1}{4}$
١	جد $\frac{1}{6}$
٥	أخ $\frac{6}{8}$
٥	أخت $\frac{6}{8}$

مثال (٢٦)

٦	$\frac{2}{6/6/2}$
٢	بنت $\frac{1}{4}$
١	بنت ابن $\frac{1}{6}$
١	أم $\frac{1}{6}$
١	جد $\frac{1}{6}$
٥	أخت $\frac{6}{8}$
٥	أخت $\frac{6}{8}$

• الطريقة المتكررة في حل مسائل الجذر والأخوة •

امثله شكل (٣٠ - ٤٩)

مثال (٣٠)

المقاسم أظ لجذر معا مواها

الخيار الثالث $\times$ $\frac{1}{7}$ $\frac{2}{7} = \frac{4}{7}$ $\frac{4}{7}$

الخيار الثاني $\times$ $\frac{1}{7}$ $\frac{2}{7}$ $\frac{4}{7}$

١		
١	١	١
٢	٢	٢
١	١	١

الجدول

مثال (٣١)

المقاسم أظ لجذر معا مواها

الخيار الثالث $\times$ $\frac{1}{7}$ $\frac{2}{7} = \frac{4}{7}$ $\frac{4}{7}$

الخيار الثاني $\times$ $\frac{1}{7}$ $\frac{2}{7}$ $\frac{4}{7}$

٢		
١	١	١
١	١	١
١	١	١

الجدول

مثال (٣٢)

المقاسم أظ لجذر معا مواها

الخيار الثالث $\times$ $\frac{1}{7}$ $\frac{2}{7} = \frac{4}{7}$ $\frac{4}{7}$

الخيار الثاني $\times$ $\frac{1}{7}$ $\frac{2}{7}$ $\frac{4}{7}$

٩	٣	
٣	١	١
٤	٤	٤
٤	٤	٤

الجدول

مثال (٣٣)

المقاسه أعطه الجرمه ثلث الباقي ومنه السدس .

الخيار الثالث

X $\frac{1}{6}$ $\frac{1}{6}$

$$\begin{array}{r} 18 \\ \times 7 \\ \hline 126 \\ 126 \\ \hline 126 \end{array}$$

الخيار الثاني

X $\frac{1}{6}$ باقى $\frac{1}{6}$

$$\begin{array}{r} 3 \\ \times 7 \\ \hline 21 \\ 21 \\ \hline 21 \end{array}$$

		X ²
18	7	7/6
9	3	1/2 زوج
3	1	1/6 حدة
2	1	حده
2	1	أخت
2	1	أخت

7 = 6 X 2 ، انصبت المنزلة الجديد للجود والوقت .
 6 = 3 ÷ 2 ، لكل واحد من (الأخت) .
 6 = 6 X 1 ، الجرم .

مثال (٣٤)

المقاسه أعطه الجرمه ثلث الباقي ومنه السدس .

الخيار الثالث

X $\frac{1}{6}$ $\frac{1}{6}$

$$\begin{array}{r} 11 \\ \times 7 \\ \hline 77 \\ 77 \\ \hline 77 \end{array}$$

الخيار الثاني

X $\frac{1}{6}$ باقى $\frac{1}{6}$

$$\begin{array}{r} 11 \\ \times 7 \\ \hline 77 \\ 77 \\ \hline 77 \end{array}$$

		X ⁵
70	10	7/2
10	2	1/2 زوج
10	2	1/2 زوج
10	2	1/2 زوج
10	2	1/2 زوج
10	2	1/2 زوج
10	2	1/2 زوج

جميع الرؤوس

مثال (٣٨)

١٠٨	٣٦	١٢	٦/٤
١٨	٦	٢	٦/٢
٢٧	٩	٣	٦/٣
٢١	٧	٣	٦/٣
١٤			٦/٢
١٤	١٤		٦/٢
١٤			٦/٢

حل المسألة بعد ما ظهر أنه
تلك الباقي أعط الجير ما سواه .

$٩١ = ٧ \times ١٣$.
الجير $٧ = ٣ \div ٩١$.
الزوجة $١٣ = ٧ - ٩١$.

مثال (٣٩)

الخيار الثالث
١/٦

$$\frac{٧}{٩٢} = \frac{٧}{٩٢}$$

الخيار الثالث
١/٦

$$\frac{٩٢}{٧} = \frac{٩٢}{٧}$$

المقاسة X

٩٢	٦	٦/٢
٩١	٣	٦/٣
٧	١	٦/١
٤		٦/٢
٢		٦/٢
٢		٦/٢
٢		٦/٢
٢		٦/٢
٢		٦/٢

مثال (٤٠)

حل المسألة بعد ما تبين أنه
سوى المال أعط الجير ما سواه .

٣٠	٦	٦/٢
١٥	٣	٦/٣
٥	١	٦/١
٥	١	٦/١
١		٦/٢
١		٦/٢
١		٦/٢
١		٦/٢
١		٦/٢

مثال (٤١)

الخيار الثالث $\frac{1}{7}$ مال

$$\begin{array}{r} 18 \\ 7 \overline{) 18} \\ \underline{14} \\ 4 \end{array}$$

الخيار الثاني $\frac{1}{4}$ باقي

$$\begin{array}{r} 45 \\ 7 \overline{) 45} \\ \underline{42} \\ 3 \end{array}$$

المقاسمة X_2

18	7	7/18
9	3	3/9
3	1	1/3
3	3	3/3
3	3	3/3
3	3	3/3

رؤوس

مثال (٤٢)

حل المثال بعد ما تبين انه
العدد اعطى الجهد المقاسمة
وسمى الباقي

المقاسمة X_2

18	7	7/18
7	3	3/7
3	1	1/3
3	1	1/3
1	3	3/1
1	1	1/1

رؤوس

مثال (٤٣)

الخيار الثالث $\frac{1}{7}$ جميع المال

$$\begin{array}{r} 18 \\ 7 \overline{) 18} \\ \underline{14} \\ 4 \end{array}$$

الخيار الثاني $\frac{1}{4}$ باقي

$$\begin{array}{r} 45 \\ 7 \overline{) 45} \\ \underline{42} \\ 3 \end{array}$$

المقاسمة X_2

20	8	8/20
17	4	4/17
4	1	1/4
4	3	3/4
4	3	3/4
4	3	3/4

رؤوس

مثال (٤٤)

X_2 ←

٧٤	٤٤	٦/٨/٤
٣٦	١٤	٦ بنت
٩	٣	٦ زوجة
١٤	٤	٦ جده
٥		٦
٥	٥	٦
٥		٦

(٣) زوجين

إحدى خط الجده مأمورة
تتبع خط المأله كالتالي: ←

مثال (٤٥)

X_2 ←

٧٤	٤٤	٦/٨/٤
٣٦	١٤	٦ بنت
٩	٣	٦ زوجة
١٤	٤	٦ جده
٥		٦
٥	٥	٦
٥		٦

(٣) زوجين

X_2 ←

المقاسمة

الخيار الثاني $\frac{1}{4}$ باق $\frac{1}{4}$

الخيار الثالث $\frac{1}{4}$ جميع المال

١٤
٧٤
١
١٤

٣
١٥
١٥

مثال (٤٦)

X_2 ←

٤٨	٤٤	٦/٦/٨/٤
٤٤	١٤	٦ بنت
٦	٣	٦ زوجة
٨	٤	٦ جده
٨	٤	٦
١	١	٦
١	١	٦

(٣) زوجين

كل المأله بعد اثنين انه المرس
أخط الجده ما سواه ←

مثال (٤٧)

المقاسمة وثلاث الباقي سواء وهما أحط الجدر منه السوس

الخيار الثالث $\frac{1}{6}$ مال $\times$

$$\begin{array}{r} 3 \\ 6 \overline{) 18} \\ \underline{18} \\ 0 \end{array}$$

الخيار الثاني $\frac{1}{4}$ باقى $\times$

$$\begin{array}{r} 3 \\ 4 \overline{) 12} \\ \underline{12} \\ 0 \end{array}$$

١٨	٦	$\left. \begin{array}{l} \text{٦ جدره} \\ \text{٤ جدر} \\ \text{٥ جدر} \\ \text{٥ جدر} \end{array} \right\} \text{١٠ جدر}$
٣	١	
٥	٥	
٥	٥	
٥	٥	

مثال (٤٨)

المقاسمة وسدس المال سواء وهما أحط الجدر منه ثلاث الباقي

الخيار الثالث $\frac{1}{6}$ جميع المال $\times$

$$\begin{array}{r} 1 \\ 6 \overline{) 6} \\ \underline{6} \\ 0 \end{array}$$

الخيار الثاني $\frac{1}{4}$ باقى $\times$

$$\begin{array}{r} 3 \\ 4 \overline{) 12} \\ \underline{12} \\ 0 \end{array}$$

٦	
٣	١ جدر
١	١ جدر
١	١ جدر
١	١ جدر

المقاسمة وثلاث الباقي والسوس سواء

مثال (٤٩)

الخيار الثالث $\frac{1}{6}$ جميع المال $\times$

$$\begin{array}{r} 1 \\ 6 \overline{) 6} \\ \underline{6} \\ 0 \end{array}$$

الخيار الثاني $\frac{1}{4}$ باقى $\times$

$$\begin{array}{r} 3 \\ 4 \overline{) 12} \\ \underline{12} \\ 0 \end{array}$$

١٨	٦	$\left. \begin{array}{l} \text{٦ جدره} \\ \text{٤ جدر} \\ \text{٥ جدر} \\ \text{٥ جدر} \end{array} \right\} \text{١٠ جدر}$
٣	١	
٥	٥	
٥	٥	
٥	٥	

«مسائل المعادة»

مسائل المعادة لها خاصية في مذهب زيد تنفرد بها عما سبق ففيها يجتمع الصنفان من الإخوة (أي الإخوة الأشقاء والأخوة لأب ذكورا كانوا أو إناثا أو ذكورا وإناثا).

وسميت هذه المسائل في مذهب زيد بالمعادة، لأن الجسد حين يجتمع معه إخوة أشقاء وإخوة لأب يُعدّ الإخوة الأشقاء والأخوة لأب على الجسد ليقبلوا نصيبه ثم يعود الأشقاء على الإخوة لأب فيأخذوا ما بينهم غالباً، من منطلق أن الإخوة لأب لا حق لهم في التعصيب مع وجود الأخوة الأشقاء عند التسابق بينهم على التعصيب فكذلك يكون حال الأخوة لأب مع الأشقاء ذكورا كانوا أو إناثا إذا وجدوا جميعا مع الجد لاسيما والجد يعتبر قائما مقام الأعمرة في تعصيب الأخوات، إلا في مسائل قليلة جدا.^(١)

طريقة حل مسائل المعادة:

وليبيان حل مسائل المعادة نقول: إذا عدّ الإخوة لأب مع الأشقاء على الجسد فيما أن لا يبقى لهم شيء بعد الأشقاء وإما أن يبقى لهم شيء على حالين:

الحال الأول: لا يبقى للإخوة لأب شيء بعد عنهم على الجسد إذا كان الأشقاء ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا أو إناثا أكثر من واحد سواء كان معهم صاحب فرض أم لم يكن.

تفصيل خطوات حل مسائل المعادة:

- ١ - نبدأ بعمل المقاسمة بين الجسد والإخوة، فتحسب رؤوس الجسد والإخوة من الصنفين على أساس المقاسمة حسبا يقتضية العمل بالطريقة المذكورة.
- ٢ - نجعل عدد الرؤوس أصلاً للمسألة.
- ٣ - نقسم أصل المسألة على عدد الرؤوس ونخرج النسبة يكون نصيب الرأس الواحد قسمة على يسار الجسد بالجداول إذا لم يكن بالمسألة أخوات.

(١) عن أبي الزناد عن زيد النظر كتاب السنن لسعيد بن منصور ٩/٣، المقي ٧٠/٧ - ٧١ وشرح السراجية للمخرجين ص ٨١.

انظر: الرحبي في علم المولود شرح سبط المارديني ومعه حاشية الصلاة البصري ص ١٠٤ - ١٠٧، العتب القاطن للشيخ إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم بن صيف التمرني ١١٤/١.

- ٤ - أما إذا وجد في المسألة لمخت أو أكثر حسبنا الجند برأسون في مقابل الإنث في الإخوة وضربنا نصيب الرأس الواحد في (٢) وحاصل الضرب وضعناه للجند بالجدول على يساره .
 - ٥ - نجرب الخيار الثاني للجد وهو ثلث المال مستخدمين الطريقة المبتكرة وذلك بقسمة أصل المسألة على مقام الثلث فحين لنا أن الثلث والمقامسة سواء فابقينا على المسألة بالجدول كما هي لصحتها .
 - ٦ - بعد ذلك طرحنا ما أخذه الجند من أصل المسألة وحاصل الطرح يكون للإخوة من الصنفون .
 - ٧ - فإذا كان الأشقاء بالمسألة ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناً فالباقي بعد الجند كله للأشقاء فإن كان شقيقاً واحداً فهو له وإن كان الأشقاء أكثر من واحد فيقسمون بينهم حسبما ذكر في طريقة التصحيح سابقاً .
 - ٨ - أما إذا كان مع الجند والإخوة لأب شقيقات فقط فإنه لما كان الشقيقات يفرض لمن في مقابل الإخوة لأب عندما لا يكون معهم جد فالواحدة ثلث النصف والثلثان للثنتين فأكثر وكذا الأخت الشقيقة يفرض لها النصف مع الأخت لأب والشقيقتين فصاعداً يفرض لمن الثلثان مع الأخوات لأب عندما لا يكون معهم جد فقد صار من أصول زيد في مسائل المعللة أنه بعد أن يعطى للجد نصيبه من المسألة يفرض للأخوات الشقيقات (النصف أو الثلث) بحسب عددهن فرضاً متأخراً متبعين الخطوات التالية :
- (أ) نضع فرض النصف أمام الشقيقة الواحدة بالجدول والثلثان أمام الشقيقتين فأكثر .
- (ب) أرى أن يخلق على هذا الفرض المتأخر بحلقة لتمييزه عن الفرض الأصلي بالمسألة وعن ثلث الباقي .
- (ج) نقسم مصحح المسألة على مقام فرض النصف لتعرف مقدار نصف مصحح المسألة . أما إذا فرض الثلثين فنقسم مصحح المسألة على مقام الثلثين وخارج القسمة نظريه في بسط الثلثين (٢) وحاصل الضرب يكون مقدار ثلثي مصحح المسألة .
- ٩ - ولا كان الفرض المتأخر للشقيقات في مقابل الإخوة لأب فقط فإننا نطرح مقدار النصف أو الثلثين من نصيب الإخوة الباقي بعد الجند فإن كان المطروح (أي مقدار الفرض) أكثر من المطروح منه فالباقي بعد الجند يعطى للشقيقة أو

الشقيقتان ولا شيء - للإخوة لأب، وإن كان مقدار الفرض (أي المطروح) يساوي المطروح منه وهو الباقي بعد الجء فيعطى للشقيقة أو الشقيقتان ولا شيء للإخوة لأب. وإن كان المطروح (أي مقدار الفرض) أقل من المطروح منه (أي الباقي بعد الجء) فيكون مقدار الفرض كله للشقيقة أو الشقيقتان ويمطى خارج الطرح للإخوة لأب فيقتسمونه بينهم إن كانوا أكثر من واحد حسب ما ذكرنا في طريقة التصحيح.

١٠ - هذا طبعاً إذا لم يكن في مسائل المعادة صاحب فرض فأكثر وإلا أعطينا لصاحب الفرض فرضه وما بقى طبقنا عليه ما ذكر أعلاه.

مثال (٥٠)

المقام خمسة وثلاثمائة سوا الجء نبلغ على المسألة كما هي .

الخيار الثاني

$\frac{1}{4}$ جميع المال

$$\frac{\frac{1}{4}}{\frac{1}{4} + \frac{1}{4} + \frac{1}{4} + \frac{1}{4}} = \frac{1}{4}$$

3	3	←
1	1	جء
2	1	أخ لأب
X	①	أخ لأب

رؤس الجء لا يؤخذ (3)

مثال (٥١)

المقام خمسة أجزاء الجء ستة ثلث المال

الخيار الثاني

$\frac{1}{4}$ مال

$$\frac{\frac{1}{4}}{\frac{1}{4} + \frac{1}{4} + \frac{1}{4} + \frac{1}{4}} = \frac{1}{4}$$

5	5	
2	2	جء
3	2	أخ لأب
X	①	أخ لأب

142 =

• الطريقة المحسنة في حل مسائل الجند والأقوات •

- ١ - ١ = ٢ : أي باقي بعد الجند للأقوات من المعتلين
 ١ ١ = ٢ : أي مقدار تعدد المسائل الذي فرض ثلاث الشفوية فونسا
 متاهرا.
 ٢ - ٢ = ٢ : أي لأقوات
 حددت المسألة بغيرها في مقام الكسر (١)

ثانية المسائل الست وتسمى عشرينية زيد.

مثال (٥٧)

المسألة: أي بعد الجند.

٢٠	١٠	٥	٥
٨	٤	٤	٤
١٠	٥	٤	٤
١	١	١	١

أي باقي بعد الجند للأقوات من المعتلين
 ١ ١ = ٢ : أي مقدار تعدد المسائل الذي فرض ثلاث الشفوية فونسا
 متاهرا.
 ٢ - ٢ = ٢ : أي لأقوات
 حددت المسألة بغيرها في مقام الكسر (١)

١ ١ = ٢ : أي مقدار تعدد المسائل الذي فرض ثلاث الشفوية فونسا
 متاهرا.
 ٢ - ٢ = ٢ : أي لأقوات
 حددت المسألة بغيرها في مقام الكسر (١)

١ ١ = ٢ : أي مقدار تعدد المسائل الذي فرض ثلاث الشفوية فونسا
 متاهرا.
 ٢ - ٢ = ٢ : أي لأقوات
 حددت المسألة بغيرها في مقام الكسر (١)

ثالثة المسائل الست.

مثال (٥٨)

المسألة: أي بعد الجند للأقوات من المعتلين

١٨	٦	٦	٦
٦	٤	٤	٤
٩	٤	٤	٤
١	١	١	١

أي باقي بعد الجند للأقوات من المعتلين
 ١ ١ = ٢ : أي مقدار تعدد المسائل الذي فرض ثلاث الشفوية فونسا
 متاهرا.
 ٢ - ٢ = ٢ : أي لأقوات
 حددت المسألة بغيرها في مقام الكسر (١)

١ ١ = ٢ : أي مقدار تعدد المسائل الذي فرض ثلاث الشفوية فونسا
 متاهرا.
 ٢ - ٢ = ٢ : أي لأقوات
 حددت المسألة بغيرها في مقام الكسر (١)

١ ١ = ٢ : أي مقدار تعدد المسائل الذي فرض ثلاث الشفوية فونسا
 متاهرا.
 ٢ - ٢ = ٢ : أي لأقوات
 حددت المسألة بغيرها في مقام الكسر (١)

مثال (٦٣)

تعيين زيـد

	X_0		X_3	
٩٠	١٨	١٨	٦	
١٥	٣	٣	١	١/٢ (اشوة)
٢٥	٥	٥		١/٢ باقى جند
٤٥	٩			اشوة - ٣
٢		١	٥	٢ لا بـ
٢	١			٢ لا بـ
١				اشوة ثلث

رؤوس الاشوة

٦-١ = • الباقى بعد ما بـ الاشوة للجند والاشوة

٢-٢ = • الباقى بعد ما بـ الاشوة ينقسم على مقام لتقسيم
الباقى لسا صيغة فتصبح الصيغة بعدد مقام ثلثت
الباقى جزء بهم للصيغة .

٢٤-١٥ = • النصيب المشترك الجديد للجند والاشوة

١٥-٢ = • نصيب الجند (وهو مقدار ثلث الباقى)

٣٥-١٠ = • الباقى بعد الجند والاشوة

١٨-٢ = • مقدار العمل

١٠-٩ = • الاشوة كـب أما انه (٩) لتكون للاشوة مدامت
قد أمكن طرحها من الباقى بعد الجند .

تطبيق الطريقة المتكررة على ما اختاره القانون المصري :

والآن بعد أن فصلنا الطريقة المتكررة مطبقة على مذهب زيد رضى الله عنه في حل مسائل باب الجند والاشوة - نقرر الآن بيان الخطوات الأساسية التي تبين إمكانية تطبيق الطريقة المتكررة على ما اختاره القانون المصري ؛ ليسهل ذلك العمل على المدارس والمدرس والقاضي عليها تكون بديلة عما اعتاد عليه مؤلفو كتب الفرائض المعاصرون وشرائح القانون من وضع قائمة لبعض مسائل الباب المثولة عن الاقدمين محلولة بطريقة حسابية قاصرة قد تكون مقبولة في المسائل البسيطة ولكنها احتيالا لا تصلح للمسائل الكمية .

فأقول ورد حكم الجسد والإخوة عند اجتماعهم في مسائل بالقانون المصري عام ١٩٤٣م بما نصه : مادة (٢٢) إذا اجتمع الجسد مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان : الأولى - أن يقاسمهم كالخ إن كانوا ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا أو إناثا عصيين مع الفرع الوارث من الإناث ، - والثانية - أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع الجسد أخوات لم يعصين بالذكر أو مع الفرع الوارث من الإناث ، على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجسد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس ، ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوبا من الإخوة والأخوات .^(١)

تعا ذكر يتبين أن القانون جعل للجسد مع الإخوة عدة حالات فقد يكون الجسد في مسألة وليس معه إلا ذكور الإخوة أشقاء أو لأب فقط . وقد يكون في مسألة ومعه إخوة وأخوات من صنف واحد . وقد يفرض وليس معه غير الأخوات من صنف واحد . وقد يتفرد ويكون معه الصنفين من الأخوات (أي أخوات شقيقات وأخوات لأب) . وقد يكون الجسد ومعه صاحب فرض أو أصحاب فروض وإخوة بحسب الاحتمالات المذكورة . وقد يكون مع الجسد والإخوة (حسب الاحتمالات المذكورة) أحد من إناث الفرع الوارث .

ولما لم يكن المقصد في هذا البحث تفصيل حل كل تلك الاحتمالات كما فعلت بمذهب زيد ، فسأقوم فيما يأتي بوضع خطوات تكون أساساً صلاحاً لحل مسائل الجسد والإخوة باحتيالاتها المتعددة حسبما اختاره ذلك القانون مستخدماً طريقي المتكثرة فأقول :

الخطوة الأولى :

نرسم جدولاً ونضع الورقة بالقائمة الأولى منه كما وضعت سابقاً .

الخطوة الثانية :

نبدأ بمقاسمة الجسد للإخوة دائماً (سواء كان الإخوة ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا أو كان الإخوة إناثا فقط عصيين بالفرع) حسبما يلي :

(١) إن لم يكن معهم صاحب فرض كما في الحالتين الأولىين فنصعل :

١ - نحسب الجسد برأس مع ذكور الإخوة ورؤوسهم مع الأخوات ونجعل مجموع رؤوس الجسد والإخوة أصلاً للمسألة ونضعه في المربع العلوي بالقائمة الثانية .

(١) الوارث في الشريعة الإسلامية نلشيخ حسين محمد مخلوف ص ٢٠ : أحكام التركة والمواثيق للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٥٧ ، أحكام التركة والمواثيق في الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور بدوان أبو العنين بدوان ص ١٨٣ ، أحكام للمواثيق في الشريعة الإسلامية للدكتور حسن مبري أحمد عبد اللطيف ص ١٥٣

• الطريقة المشتركة في حل مسائل الجرد والإخوة •

٢ - نقسم أصل المسألة على عدد الرؤوس والخارج نضعه على يسار من حبيب برأس واحد (الأخوات) بالقائمة الثانية أما من حبيب برأسين (كالجدة وذكر الإخوة) فنضرب نصيب الرأس الواحد في عدد (٢) إثنين وحاصل الضرب نضعه على يمينه بالقائمة الثانية .

(ب) لأن كان مع الجدة والإخوة صاحب فرض أو أكثر فنعمل ما يلي :

١ - إن لم يكن للمسألة إلا فرض واحد جعلنا مقام الفرض أصلاً للمسألة ووضعناه في المربع العلوي من القائمة الثانية .

٢ - إما إن كان للمسألة فرضان أو أكثر فإننا :

أولاً: نقارن بين مقامات الفروض مستخدمين النسب الأربع كلها (التبائن والتداخل والتوافق والتباين) كما وصفت سابقاً، ونجعل نتيجة المقارنة أصلاً للمسألة فنضعه في المربع العلوي بالقائمة الثانية بالجدول .

ثانياً: نقسم أصل المسألة على مقام الفرض أو الفروض وخارج القسمة (إن لم يكن الفرض لثنتين) نضعه على يسار مستحقه بالقائمة الثانية .

ثالثاً: نجعل أنصبة أصحاب الفروض ثم نطرح المجموع من أصل المسألة وخارج الطرح (الباقى بعد أصحاب الفروض) يكون للجدة والإخوة فيقسم على عدد رؤوسهم وخارج القسمة يوضع على يسار مستحقه بالقائمة الثانية .

وأخيراً: إن لم يتقسم نصيب الجدة والإخوة على عدد رؤوسهم أو كان الفرض يرثه أكثر من واحد ولم يتقسم خارج قسمة أصل المسألة على مقام الفرض على عدد رؤوس الفريق فيتمين علينا أن نقوم بتصحيح المسألة حسب الطريقة التي ذكرت سابقاً لتصحيح المسائل .

الخطوة الثالثة :

بعد اكتمال العمل على أساس المقاسمة بالجدول نجرب الخيار الثاني للجدة وهو إعطاء الجدة سدس جميع المال وذلك بأن نقسم مصحح المسألة (وهو ما صحت منه المسألة سواء كان أصل المسألة أو التصحيح أو غير ذلك) على مقام السدس (٦) .

الخطوة الرابعة :

نقارن خارج قسمة مصحح المسألة على مقام السدس (سواء كان الخارج صحيحاً فقط أو كسراً فقط أو صحيحاً وكسراً) مع ما يستحقه الجدة بالمقاسمة فإن ظهر أن المقاسمة أفضل للجدة أبقينا على المسألة كما هي لصحتها وإن ظهر أن السدس أفضل

لنجد من الخامسة ثمينا على مسألة القائمة ثم قمنا بعمل مسألة جديدة بطلول جديد
نفرض فيها للجدد السفس. فان لم يكن مع الجدد والإخوة صاحب فرض جعلنا مقام
فرضه أصلاً للمسألة ثم قسمنا أصل المسألة على مقام فرضه وخارج المقسمة وضمناه على
يساره بالقائمة الثانية بالجدول ثم طرحنا نصيبه من أصل المسألة وخارج قسمناه على
رؤوس الإخوة. وإن كان مع الجدد والإخوة صاحب فرض أو أكثر قارنا بين مقامات
الفروض (بما لهما فرض الجدد) وجعلنا نتيجة القارنة أصلاً للمسألة ثم قسمنا على
مقامات الفروض كالعتاد ووضعنا على يسار كل صاحب ما يستحقه ثم جمعنا أنصبة
أصحاب الفروض وطرحناها من أصل المسألة ثم قسمنا خارج الطرح (الباقى بعد
أصحاب الفروض) على رؤوس الإخوة مع عمل ما يحتاجه الحل من تصحيح كما
صفت لك سابقاً.

• الطريقة المبكرة في حل مسائل الجهد والأحمال •

وتظهر لنا في المثال الثاني (٦٥) أن الجهد بالمقاسة يستحق (٢) (صحيح) أي $(\frac{1}{5})$ المال كله بينما لا يستحق الجهد بالخيار الثاني وهو (السدس) في نفس المثال إلا $(\frac{2}{5})$ خمسة أسداس الواحد الصحيح .

وبناء على ما ظهر لنا في المثالين فإننا نبقى على مسألة المقاسة كما هي بالجدول لكونها صحيحة ونقوم بالضرب على الخيار الثاني (أي عملية القسمة الصغيرة المجاورة لمسألة المقاسة).

مثال (٦٦)

مثال ثالث

المقاسة ظهر أنها أبعد الجهد لابقينا عليها .

الخيار الثاني الجهد في القانون المعروض

$$\frac{1}{5} \text{ مال} \times \frac{1}{5} = \frac{1}{25}$$

٦	٢١
١	٢١
٢	٢١
٢	٢١
١	٢١

(٥) رؤوس الجهد والإفوة

$$1 - 1 = 0 \text{ المال بعد أوم للجهد والإفوة}$$

$$5 \times 4 = 20 \text{ لكل رأس}$$

$$1 \times 1 = 1 \text{ لكل من الجهد والإفوة}$$

مثال (٦٧)

المقاسة ليست أبعد الجهد من السدس

الخيار الثاني في القانون المعروض أخذ الجهد منه

$$\frac{1}{5} \text{ جميع المال}$$

$$\frac{1}{5} = \frac{1}{5} \times \frac{1}{5} = \frac{1}{25}$$

٧	٢١
١	٢١
١	٢١
١	٢١
١	٢١
١	٢١
١	٢١
١	٢١

مثال (٦٨)

التصحيح

$= 7 \times 7$

$= 1 \times 7$

إفصيت المشتركة الجديد
للإفصاة .

$7 = 0 \times 7$

$0 = -7 \div 3$.
دلالة أخ .

٣٦	٦	←
٦	١	←
٥		←
٥		←
٥		←
٥		←
٥		←
٥		←
٥		←

رؤوس البؤرة (٦)

في المثال اعلاه ظهر لنا أن الجذء بالمقاسمة يستحق (٦) صحيحاً بينما تبين بالخيار الثاني (وهو السادس) أنه يستحق $(1 \frac{1}{6})$ واحداً صحيحاً وسدس الواحد الصحيح وهنا يكون إعطاء الجذء بالفرض سدس المال احظ له من المقاسمة وبناء على ذلك ضربنا على مسألة المقاسمة (أي وضعنا عليها علامة الضرب أو الغيها) ثم قمنا بعمل مسألة جديدة فرضنا فيها للجذء السدس وجعلنا مقام فرضه أصلاً للمسألة ثم قمنا بقسمة ما بقى بعد نصيب الجذء على رؤوس الأخرى .

مثال (٧٥)

اصحاب الماله / عول الماله

١٥	١٢	١/٦/٦/١/٤
٣	٣	١/٢ زوج
٦	٦	١/٢ بنت
٢	٢	١/٢ بنت ابن
٢	٢	١/٢ أم
٢	٢	١/٢ جد
X	X	١/٢ أخت

(١٥) مجموع ما اتخذه اصحاب الفروض من اصل الماله .

ملاحظة:

هذه المسألة ازدحت فيها الفروض على اصل المسألة فترتب على ذلك نقص في نصيب كل واحد من اصحاب الفروض وهذا هو ما يسمى عند الفرضيين بالعود الذي هو: زيادة في الفروض ونقص في الانصباء . انظر ما قلناه عن العود سابقاً .

وحيث ان المسألة كما ترى لم يبق فيها بعد اصحاب الفروض شيء فيسقط العاصب . والاخت هنا عصبه بغيره فيسقط أما الجدة فلأنه مثل الأب يرث السدس مع الفرع الواوثة فلاته ينتقل إلى فرض السدس فيفرض له السدس ويعامل هنا معاملة اصحاب الفروض ولا حاجة فيها إلى تحريب الخيار التالي للجدة .

مثال (٧٦)

أصل المسألة	عول المسألة	
٦	٩	٦/٩/٦/٩
٣	٣	زوجه $\frac{1}{2}$
١	١	أخت $\frac{1}{4}$
٣	٣	أخت $\frac{1}{2}$
١	١	أخت $\frac{1}{4}$
١	١	جد $\frac{1}{4}$

ملاحظة:

في هذه المسألة جعلت الأختان صاحبي فرض وبقي الجدد على التعصيب وحيث أنه بعد إعطاء كل واحد من أصحاب القروض في المسألة نصيبه من أصل المسألة لم يبق شيء للعاصب ومعلوم أن الجدد لا يسقط بحال مع الإخوة إذ اعتبر مقدار الثلثين أقل شيء يرثه الجدد مع الإخوة فقد فرضنا للجد الثلثين في المسألة وعاملاً سدسه معاملة للقروض الأخرى حتى وإن كانت المسألة عاتلة قبل سدسه.

وكذا يكمل للجد فرض الثلثين حتى وإن عالت المسألة بذلك أنظر

مثال (٧٧)

أصل المسألة	العول	
١٢	١٣	٩/٦/٩
٣	٣	زوجه $\frac{1}{2}$
٩	٩	جد $\frac{1}{4}$
٦	٦	أخت $\frac{1}{2}$
٩	٩	جد $\frac{1}{4}$

مجموع الأنصبة التي أخذها أصحاب القروض من أصل المسألة.

تطبيق الطريقة المبكرة على ما اختاره القانون السوري:

نظراً لأن القانون السوري قد تبع القانون المصري في اختياره في باب الجد والإخوة، بل تكاد المادة أن تكون منقولة بنصها من القانون المصري فيما عدا جعله الثلث أقل شيء يرثه الجد مع الإخوة، فقد كان نص المادة (٢٧٩) من المرسوم رقم ٥٩ بتاريخ ١٧/٩/١٩٥٣ م:

١ - إذا اجتمع الجد العصبي مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب فإنه يقاسمهم كلخ إن كانوا ذكورا فقط، أو ذكورا وإناثا، أو إناثا عصبين مع الفروع الوارث من الإناث.

٢ - إذا كان مع الجد أخوات لم يعصبن بالذكور ولا مع الفروع الوارث من الإناث فإنه يستحق الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب.

٣ - على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن الثلث اعتبر صاحب فرض الثلث ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة والأخوات لأب. (١)

فإننا نقول:

إذا أردنا تطبيق الطريقة المبكرة في بحني هذا على ما اختاره القانون السوري فعلينا اتباع الخطوات التي ذكرناها عند تطبيقها على القانون المصري إلا أننا عند الخطوة الثالثة وهي تجرية الخيلو الثاني للجد نقسم مصحح المسألة (سواء كان أصل المسألة أو التصحيح) على مقام $\left(\frac{1}{3}\right)$ الثلث (٣) ونخرج القسمة نقارنه مع ما يستحقه الجد بالمقاسمة فإن ظهر أن المقاسمة أكثر من الثلث أبقينا مسألة المقاسمة كما هي لصحتها وإن بدا أن مقدار ثلث المال أكثر من المقاسمة ضربنا على مسألة المقاسمة وعملنا مسألة جديدة بجدول جديد تفرض للجد فيها الثلث ويعمل الثلث عند ذلك معاملة بقية الفروض عند إيجاد أصل المسألة أو عند القسمة على أهل الفروض ثم نكمل بقية الخطوات حسبما ذكر في خطوات التطبيق التي وضعناها على القانون المصري.

مثال (٧٨)

الخيار الثاني في القانون السوري
 $\frac{1}{3}$ جميع المال
 $\frac{1}{3} = \frac{4}{12}$
 $\frac{1}{3} = \frac{4}{12}$

القسمة أحد للجد من الثلث	
٥	٥
٤	٤
٤	٤
١	١

(١) علم الفروض والوارث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري ص ١٦٨ - ١٦٩.

مثال (٧٩)

المقاسمة ليست أحد الجديسة ثلثة المال .

الخيار الثاني الجديسة ثلثة المال

$\frac{1}{4}$ جميع المال

$\frac{1}{4} = \left(\frac{1}{3} \times \frac{1}{4} \right) \frac{1}{4}$

4	←
1	جدي
1	21
1	21
1	21

رغم الجديسة الجديسة

مثال (٨٠)

التقسيم

$X_2 = 3 \times 2 = 6$

$6 = 3 \times 2$ يجب التفرع الجديسة الجديسة .

$6 = 3 \times 2 = 3 \times 2$ لكل أ.ع .

9	3	←
3	1	جدي
1	1	21
1	1	21
1	1	21

الذي

مثال (٨١)

المقاسمة ليست أحد الجديسة الثلثة .

الخيار الثاني الجديسة ثلثة المال

$\frac{1}{4}$ مال

$\frac{1}{4} = \left(\frac{1}{3} \times \frac{1}{4} \right) \frac{1}{4}$

7	←	
3	1	جدي
1	1	21
1	1	21
1	1	21

رغم الجديسة الجديسة

• الطريقة المذكورة في حل مسائل الجهد والأصوة •

مثال (٨٢)

$X \leftarrow$

١٢	٦	٢/٤
٦	٢	١/٢ زوج
٤	٢	١/٢ زوج
١	١	١/٢ زوج
١	١	١/٢ زوج

(٢)

مثال (٨٣)

المقاسقة ليست أظن بالبداهة مثل جميع المثال

الخيار الثاني للجدول القانوني السوي

١/٢ مال

$$\frac{7}{18} \div \frac{1}{18} = 7$$

$X \leftarrow$

١٨	٦	٦/٦/٤
٩	٣	١/٢ زوج
٣	١	١/٢ زوج
٣	١	١/٢ زوج
٩	٣	١/٢ زوج
١	١	١/٢ زوج

(٢)

مثال (٨٤)

عنوان الجدول

٧	٦	٢/٦/٦/٤
٣	٣	١/٢ زوج
١	١	١/٢ زوج
١	١	١/٢ زوج
٩	٩	١/٢ زوج
X	X	١/٢ زوج

(٧)

جميع أفضية إحصائية الفردية

مثال (٨٥)

القاسمة ليست أحد الجذور ثلث جميع المال.

الشيء الثاني
الذي في القانون هو

$\frac{1}{4}$ جميع المال

$$\frac{\frac{1}{4}}{\frac{1}{4}} = 1$$

X	14	$\sqrt{14/14}$
	3	3 زوجة
	9	$\frac{1}{3}$ 3
	6	3 أخت 3
	9	$\frac{1}{3}$ أخت 3
X		3

مثال (٨٦)

إعادة القاسمة
لكل مرة ثلث أعلا الجذور القاسمة

أول مال
ثاني مال

17	14	$\sqrt{14/14}$
3	3	3 زوجة
9	9	$\frac{1}{3}$ 3
6	6	3 أخت 3
9	9	$\frac{1}{3}$ أخت 3
3	3	3

(17)

وختاماً أرجو أن يفتح الله بما توصلت إليه كل باحث وطالب علم في هذا النزع المهم من علوم الشريعة الإسلامية الذي أمل من الأقسام الشرعية أن توليه ما يستحق من مزيد العناية والرعاية والاختيار الكفيلة للتخصص فيه حتى لا يقع وزر تلافيه من الأرض على يد جيلنا. والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وهو ولي التوفيق والهادي إلى سواء السبيل وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم ونحن معهم إلى يوم الدين.

المراجع

- إبراهيم عباده بن إبراهيم المدني (بن سيف الشمرى) المذهب الشافعي شرح عمدة الفاضل. طبع على نفقة معالي الشيخ عبدالرحمن بن عبدالمحسن الطيبي - الرياض، الطبعة الأولى ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- إبراهيم الباجوري: الفتحة المخرجة على الفوائد الشنشورية (والأصل الفوائد الشنشورية لعباده الشنشوري طبع بالهامش) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- أحمد بن حل بن حجر المقسلي: فتح الباري بشرح صحيح البخاري. تصحيح وتحقيق وإشراف ومقابلة ساحة العلامة الشيخ عبدالعزيز بن عباده بن ياز. الناشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية ١٣٧٩هـ.
- بدوان ابوالعنين بدوان: أحكام الفرائض والمواثيق في الشريعة الإسلامية والقانون. الناشر مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع - الاسكندرية ١٩٨٦م.
- د. حمدة محمد حمدة براج: أحكام الفرائض في الشريعة الإسلامية دار الفكر للنشر والتوزيع - عمان. الأردن، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ابن حزم الأندلسي: المحل. دار الفكر.
- د. حسن صبحي أحمد عبدالمطيف: أحكام الفرائض في الشريعة الإسلامية مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع بالاسكندرية.
- حسنين محمد مخلوف: الفرائض في الشريعة الإسلامية. الطبعة الثانية ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م دار الكتاب العربي بمصر.
- الحسين بن محمد الوان: أصول الفرائض وخطوطه فرغ الباحث من تحقيقه.
- مسيطر المودودي: شرح الرحمة في علم الفرائض. ويليها حاشية المقيري التي علق عليها وخرجها د. مصطفى ديب البغا - دار القلم - دمشق - بيروت.
- سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني: كتاب السنن. حققه حبيب الرحمن الأعظمي. عن بشره المجلس العلمي (مسلك في إيجل، الهند) الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.
- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين. تحقيق عبدالرحمن الوكيل. يطلب من دار الكتب الحديثة بالقاهرة وتوزعه مكاتب في عدد من الدول العربية.
- عبدالرحمن بن قاسم العاصمي النجدية: الدرر السنية في الأجوبة النجدية جمع عبدالرحمن بن قاسم. دار العربية للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان.
- عباده بن إبراهيم بن عباده النجدية: مختصر في الفرائض وخطوطه مصورة بالكتابة المركزية بجامعة أم القرى - مكة المكرمة.

- عبدالله الشنهوري: الفتاوى الشنهورية في شرح المنظومة الربحية (مبا من التحفة الخيرية) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
- عبدالله بن عبدالرحمن البسام: علمه نجد خلال ستة قرون. الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ. يطلب من مكتبة ومطبعة النهضة الحديثة - مكة المكرمة.
- علي بن محمد بن علي الجرجاني: شرح السراجية في علم الموارث. الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بالعراق ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ابن ماجه: السنن. صنع فهاوس بالكمبيوتر وحققه محمد مصطفى الأعظمي الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م طبع في شركة الطباعة العربية السمودية المحفوفة - الرياض.
- محمد الدين عبدالسلام بن عبدالله الخراي المعروفه وبابي البركات ابن تيميه) جد شيخ الإسلام احمد بن تيميه. منتقى الأخبار. طبع مع شرحه نيل الأوطار للشوكاني - دار القلم - بيروت.
- محفوظ بن احمد الكلوزاني (ابو الخطيب): التهذيب في الفرائض (مخطوطة مصورة يضم الباحث بتحقيقها).
- محمد نخري اللقي: الفرائض والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري. أشرف على تنقيحه وطبعه ابن المؤلف (مئذ).
- محمد أبو زهره: أحكام التركات والموارث. ملزم الطبع ونشر دار الفكر العربي ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م.
- محمد بن إسماعيل البخاري: الصحيح طبع مع شرحه فتح الباري لابن حجر تصحيح وتحقيق وإشراف ومقابلة ساحة العلامة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز. نشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالملكة العربية السعودية ١٣٧٩هـ.
- محمد سليمان الردائي المغربي: جمع الفتاوى الجامع لكتب السنن المطبوعة. الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ - ١٩٨٣م، مشروع المكتبة الجامعة اختيار وتنفيذ إبراهيم أمين فودة - مكة المكرمة.
- محمد بن عبدالله بن أحمد بن قدامة (مؤلف الدين): المغني. ومعه الشرح الكبير لنسب الدين من قبله. أشرفه على تصحيحه السيد محمد رشيد رضا. الطبعة الأولى ١٣٤٨هـ. في مطبعة النوار بمصر.
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منتقى الأخبار. دار القلم - بيروت.
- محمد محيي الدين عبدالحمد: أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة - الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، دار الكتاب العربي للنشر - بيروت.
- مسلم: الصحيح. مطبوع مع شرحه للنووي، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- هبى الدين أبو زكريا النووي: شرح صحيح مسلم. الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ابن الملقن: تحفة المحتاج إلى أدلة النجاش. تحقيق وعناية عبده بن سعاد اللحاني. الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م دار حراء للنشر والتوزيع - مكة المكرمة.

مختصر القيد المتبر في تخريج أحاديث الشرح الكبير، وهو مختصر تليفه الحبير لابن حجر العسقلاني. تحقيق كمال يوسف الخوت طبعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، مؤسسة الكتب الثقافية.

• المنذري (الحافظ): مختصر سنن أبي داود. تحقيق أحمد محمد شاكر ومحمد حامد ألفاني. ومعه معالم السنن لأبي سليمان الخطابي وعليها تهذيب الإمام ابن قيم الجوزية، طبعة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م دار المصرفة للطباعة والنشر - بيروت - توزيع مكتبة الباز بمكة المكرمة.

• د. ياسين أحمد إبراهيم دواكه: الميراث في الشريعة الإسلامية. الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م مؤسسة الرسالة - دار الأرقم - عمان - الأردن.

مسئولية الأطباء

الدكتور / عبدالرحمن بن حسن الثقفي.

الفصل الأول - المسؤولية عن النفس

تمهيد :

تقتضي طبيعة الوجود الإنساني تعامل الإنسان مع غيره ، وهذا التعامل يقتضي بدوره ترتيب مسؤولية أزلية عليه تتشعب أنواعها ، ويحدد حجمها تبعاً لطبيعة التعامل ومقداره . وقد اقتضت الحكمة الإلهية فرض هذه المسؤولية على الإنسان بعد أن جعل الله فيه مقومات الكمال المادي والعقلي بما يؤهله لحمل هذه المسؤولية ، ففي التركيب المادي أحسن الله خلقه ، وأكمل تركيبه ﴿عَلَقَ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ وَحَسَّاسَاتٍ لَّهُ كُلِّ شَيْءٍ﴾ (١) وفي التركيب المعنوي صوركم وإليه المصير ﴿وَالَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ﴾ (٢) ﴿فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾ (٣) ﴿لَمْ نَجْعَلْ لَهُ عَيْنَيْنِ﴾ (٤) ﴿وَلِسَانًا وَشَفَتَيْنِ﴾ (٥) ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ (٦) . وجماع المعنى في هذه الآيات تأكيد الدلالة الحسنية على كمال قدرة الإنسان وحسن صفاته واستطاعته حل المشترية المترتبة عليه . وفي التركيب العقلي ميز الله الإنسان بقدرة تمكنه من الإدراك ، وأوجب عليه استعمال هذه القدرة في حدود تكاليفه ، وعلى النحو الذي يستطيع منه تنفيذ هذه التكاليف . وقد أثنى الله في مواضع كثيرة من كتابه العزيز على الذين «يفقهون» و«يعقلون» و«يتفكرون» دلالة على قدرتهم استيعاب تكليفهم ، وقدرتهم كذلك على تنفيذه .

(١) سورة الشاين الآية (٣) .

(٢) سورة الانططار الآية (٧) .

(٣) سورة الانططار الآية (٨) .

(٤) سورة البلد الآية (٨) .

(٥) سورة البلد الآية (٩) .

(٦) سورة الين الآية (٤) .

ومع توافر هذه الصفات والمفومات المادية، والمعملة في الإنسان فقد أعدده الله حين
 بين له الآيات، والمعجزات وحين أرسل له الرسل ليؤمنوا له ما يجب أن يكون عليه من
 سلوك ﴿وإن هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلكم
 وصاكم به لعلكم تتقون﴾^(١) ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾^(٢).

والإعذار بهذه الدلائل والوسائل دليل على عظم المسؤولية التي يحملها الإنسان منذ
 نشأته الأولى فقد عرض الله الأمانة على السموات والأرض والجبال فلتعنّت عن حملها
 لعدم القدرة ثم عرضها على آدم بعد أن أنذره بعدم قدرة السموات والأرض والجبال
 على حملها فسأل ربه عندئذ عما هي فقال «إن أحسنت جزيت، وإن أسأت عوقبت»
 فقبلها آدم فترتب على ذريته من بعده. وهذا معنى قوله تعالى ﴿إنا عرضنا الأمانة على
 السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً
 جهولاً﴾^(٣). وسواء كانت الأمانة جماع التكاليف التي فرضها الله على عباده، أو كانت
 بمعنى الوديعة فهي في مفهومها العام المسؤولية المترتبة على الإنسان في علاقته مع ربه،
 ومع غيره. ومن حيث الجزاء تختلف المسؤولية حسب الفعل الذي حدث، فالمسؤولية عن
 التعدي على المال أخف من المسؤولية على التعدي على النفس والتعدي على النفس بفعل
 خطأ المتلقي منه القصد أخف من الفعل المصحوب بالعمد وهكذا.

قلت: والطب يعتبر أمانة فمن تعلمه وامتنعه أصبح مكلفاً ومسئولاً بعلومه وعمله بما
 يترتب على ذلك من جزاء وتتميز مسؤوليته عن المسؤولية في أي مهنة أخرى لمناطها المباشر
 بالنفس.

أهمية الحفاظ على النفس:

الإنسان بانيان الله في أرضه، وخليقته فيها ورغم ما يذله الإنسان من دراسة
 لوجوده، وتصوير لحقيقته لم يستطع معرفة ما أراد أن يعرفه عن نفسه وهو بالتأكيد لن
 يدرك هذه المعرفة إلا من خلال تسليمه المطلق بما بينه الله عن حقيقته، والهدف من
 وجوده وهو عبادة الله وحده في ظل ما يعمله له من المنافع المادية المختلفة التي تمكنه من أدائه

(١) سورة الأنعام الآية (١٦٣).

(٢) سورة الإسراء الآية (١٥).

(٣) سورة الأحزاب الآية (٧٢) وانظر تفسير ابن كثير ج ٣ ص ١٤٥.

ما وجب عليه دون مشقة أو عناء فهو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها
وكلوا من رزقه وإليه النشور^(١).

وعندما اقتضت حكمة الله، وإرادته وجود الإنسان اقتضت احترام هذا الوجود،
وتحريم التعدي عليه لما في ذلك من معاناة للحكمة الإضية منه. ولهذا كان العقاب على
هذه الجريمة كبرى تستحق أشد العقاب. لقد جاء رجل لابن عباس رضي الله عنه
يسأله: ماذا يرى في رجل قتل مؤمنا متعمدا فقال له: جزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب
الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما قال: أفرايت إن تاب وعمل صالحا ثم اهتدى؟ قال
ابن عباس: تكلته أمه وأنى له التوبة والهدى؟ والذي نفسي بيده لقد سمعت نبيكم ﷺ
يقول وتكلته أمه قاتل مؤمنا متعمدا جاء أخذا بيمينه أو بشماله تشخب أوداجه من قبل
عرش الرحمن يلزم قاتله بشماله، ويده الأخرى رأسه يقول يارب سبل هذا فيها قتلتني
وأيام الذي نفس عبد الله بيده لقد نزلت هذه الآية آية القتل العمد فما نسختها من آية
حتى قبض نبيكم ﷺ، وما نزل بعدها من برهان^(٢).

قلت: وتنقسم المسؤولية عن النفس إلى مسئولية فردية، وأخرى جماعية، وتنصب
كلها على وجوب احترام النفس، وعدم التعدي عليها بأي صورة من صوره ما لم يكن
ذلك بمسوغ شرعي حدده وبينته أحكام الشريعة.

مسئولية الفرد:

هي كل ما يترتب على الإنسان من التزام بوجوب عليه المحافظة على النفس ولهذا
الالتزام حكمان: الأول - وجوب امتناع التعدي من الإنسان ذاته على نفسه ولهذا
الرجوب صورتان:

الأولى - التعدي عليها بقهرها، أو تكليفها بما يتناقى مع روح الشريعة ومقاصدها
ولهذا قال تعالى ﴿لَا يَكُفُّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْمَهَا﴾^(٣) والمقصود بهذا التفسير بأن الله
سبحانه وتعالى وضع في الإنسان قدرة محدودة ولم يوجب عليه التكليف إلا في حدودها.

والقدرة هنا قدرة مادية ومعنوية، فالمادية منها يستطيع القيام به ولهذا فرضت عليه
الصلاة في وقت محدد وفرض عليه الصيام لمدة محدودة. والقدرة المعنوية ما يستطيع

(١) سورة المائدة الآية (١٥).

(٢) تفسير ابن كثير ج ١ ص ١٦٠ وللمعلم آراء حول توبة القاتل ومنها ما يتالف رأي ابن عباس رضي الله عنه
وأرضاه.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٦.

إدراكه وفهمه وهذا سقط اللازم عن غير المدرك كالصنير وغير العاقل كما سقط عما لا يستطيع دفعه كوسوسة النفس وخطئها ونسيانها .

الصورة الثانية - التعدي عليها بالقتل وقد توعد الله قاتل نفسه بالعذاب المبين فقال تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^(١)، وورد في السنة قول رسول الله ﷺ ومن قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يجأ بها بطنه يوم القيامة في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبداً ومن قتل نفسه بسم تردى به فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبداً^(٢) .

وقد فهم عمرو بن العاص رضي الله عنه النهي عن قتل النفس الولود في الآيات الكريمة على أنه نهي مطلق لما يؤدي بالنفس إلى الهلاك ولو كان هذا الفعل مجرد احتمال لا يقين ولهذا صلى بالناس صلاة الصبح وهو جنب عندما كان في غزوة ذات السلاسل فلما أقدم من معه على رسول الله ﷺ ذكروا له ما فعله فدعاه فسأله عن ذلك فقال يا رسول الله خفت أن يقتلي البرد وقد قال الله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ فسكت عنه رسول الله ﷺ^(٣) .

الحكم الثاني - امتناع التعدي من الإنسان على نفس غيره، فإذا كان من المحرم عليه التعدي على ذاته فقد حرم الله عليه التعدي على غيره .

وقد بين الله حرمة هذا التعدي بدلالة النهي المطلق عنه إلا ما كان له مقتضى شرعي كما هو الحال في مبادلة النفس بالنفس، والزنا في حال الإحصان، وترك الدين، ومغاورة الجماعة . ومفاد ذلك قول الله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٤)، وفي قول رسول الله ﷺ (لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والزنا المحصن، والتارك لدينه المفارق للجماعة)^(٥) .

وعلى نحو آخر غلظ الله عقوبة التعدي بالقتل العمد، وسأوى يشه وبين الإشتراك به ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له

(١) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٢) صحيح الترمذي ج ٤ ص ٣٣٨ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ١٥٧ ، وفي رواية أخرى قال عمرو: قالفت ان اغتسل ان اغتسل فتعمت . انظر سنن أبي داود ج ١ ص ٩٢ .

(٤) سورة الإسراء الآية ٣٣ .

(٥) صحيح البخاري ج ٤ ص ٣٨ .

عذابا عظيما^(١)، «والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق»^(٢) وليس تحريم التعدي مقصورا على ما كان منه كبيرا بل حرم كل ما يقع على الإنسان من تعدٍ منها كانت درجة إيلاؤه له ومثل ذلك الدقة، والوكزة، والمطمعة لبعض الفقهاء ومنهم الإمام أحمد وابن القيم يرى في ذلك القصاص واحتجوا لذلك بأن الخليفة أبا بكر وصهر وعثمان وعلي أقادوا في المطمعة وبعضهم يرى فيها الأدب ومنهم الأحناف والشافعية والمالكية^(٣).

مسئولية الجماعة .

ويرتّب على الجماعة مسئولية الحفاظ على النفس، وهذه المسئولية وجهان: الأول - الامتناع عن التعدي المباشر عليها كما تفعله بعض القبائل في اشتراك عدد من أفرادها في قتل الواحد بغية نفي الجريمة عن شخص بعينه كما كان معروفًا في الزمن الجاهلي بـ «تفرق الدم في القبائل». وما يقتضيه الحكم في هذه الحال بالنسبة للمفرد يقتضيه بالنسبة للجماعة، فالجماعة يقتلون بالواحد إذا اشتركوا في قتله وفي ذلك قال ابن عباس رضي الله عنهما إذا قتل جماعة واحدا قتلوا به ولو كانوا مائة. وقتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه سبعة من أهل صنعاء بواحد قتلوه وقال قولته الشهيرة: «لو توالى عليه أهل صنعاء لقتلنهم به» وقتل المغيرة سبعة بواحد وقتل علي ثلاثة بواحد^(٤).

الوجه الثاني - التضامن تجاه الضرر على النفس ولهذه المسئولية ثلاثة أوجه: أولها - تحمل بيت المال الدية بسبب خطأ ولي الأمر إذا كان ذلك نتيجة اجتهاد منه^(٥) وهذا هو مذهب الإمام أبي حنيفة والثوري والأوزاعي وشاهد هذا واقعة خالد بن الوليد رضي الله عنه حين بعثه رسول الله ﷺ إلى بني خزاعة يدعوهم إلى الإسلام وما حدث منه نحوهم. وعندما بلغ ذلك رسول الله قال: اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد ثم بعث علي بن أبي طالب فدفع الدية عن قتلهم وما تلف من أموالهم^(٦) وثاني المواجهة: تحمل بيت المال الدية عند عدم وجود العاقلة ويدرك هذا في حالات معينة كاللقيط والمحربي والسقي الذي أسلم، فلما يترتب على وضع هؤلاء من هبّهم، وعدم وجود من يعينهم على دفع

(١) سورة النساء الآية ٩٣.

(٢) سورة الفرقان من الآية ٢٨.

(٣) اعلام المؤمنين من رب الماليز ج ١ ص ٣١٨ والمجلس لأحكام القرآن المغربي ج ٥ ص ٣٢٩ رسواحي الجليل ج ٦ ص ٢٤٦.

(٤) كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار لأبي محمد محمد الحسيني الحسني ج ١ ص ١٦١ - ١٦٢.

(٥) وهذا على خلاف من رأى الدية في خطأ ولي الأمر على العاقلة.

(٦) السيرة النبوية لأبي هشام ج ٤ ص ١٠١، ١٠٣ وتخرج حديث (اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد) سنن النسائي ج ٨ ص ٢٢٧ وانظر شرح منتهى الأعلام لشمس الدين بن يوسف بن قريش البهوتي ج ٣ ص ٣٢٨.

• مسئولية الأطباء •

الدِّية فإن عامة المسلمين في المكان الذي يوجدون فيه عاقلة لهم ، ويثبت المال ينوب عنهم في ذلك باعتباره ملكاً لهم^(١) وشاهد هذا أن النبي ﷺ ودى سهل بن عبد الله الأنصاري حين قتله يهود خيبر^(٢).

ونالت الوجوه : ضمان بيت المال للدِّية في حال جهالة القاتل ودليل هذا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ودى رجلاً قُتل في زحام وجُهل قاتله وكان دفع دية برأي من علي ابن أبي طالب رضي الله عنه في قوله المعروفة ولا يطل في الإسلام دم^(٣).

مسئولية الولاية العامة :

ليست مسئولية الفرد والجماعة عن التعدي على النفس مجرد مسئولية خُلُقِيَّة تترك لضمير الفرد أو الجماعة ، أو تكفر عنها توبة المتعدي عن خطيئته بل أن الحفاظ على النفس أساس في قواعد الولاية العامة . وهذا الحفاظ يقتضي كف التعدي عليها في كافة صوره وفقاً لمقاييس الحق والعدل والبر من الهوى ﴿وَأَن احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾^(٤) ﴿يَا دَاوُدَ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾^(٥).

وقد اهتم الإسلام بمفهوم القوة في الولاية لما في ذلك من أمان للضعيف ، وإخافة للقرى ، ونصر للمظلوم ، وودع للظالم وفي ذلك قال الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه لا بد للناس من إمامة تقام بها الحدود وتأمين بها السبل .

والذين قالوا بأن أساس وجوب الولاية هو الشرع ربما كانوا أكثر صواباً من الذين قالوا إن أساسها العقل ، لأن بعض العقل قد يستسيغ التعدي ولكن الشرع يمنعه فكان رد الولاية إليه أضمن لحماية النفس والحفاظ عليها .

ومن مقتضى العدل في الولاية المساواة في الحكم فليس لأحد ميزة على غيره في اقتضاء الحقوق ولهذا لم تجز الشفاعة في الحدود وكان غضب رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسامة بن زيد شديداً حين أراد الشفاعة في عدم قطع يد القرشية ثم قال قوله

(١) المغني ج ٢ ص ٥١٠ ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٧ ص ٢٥٦ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٥٢٤ .

(٣) المغني ج ٩ ص ٥٢٤ .

(٤) سورة المائدة من الآية ٤٩ .

(٥) سورة من الآية ٢٦ .

الشهيرة ولو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها^(١) ومن قواعد الفقه التحرز من التعدي على النفس وما يتطلبه سر الولاية من المراقبة والتحرري والملاحظة ومن ذلك منع الوسائل والطرق المقضية للتعدي ولهذا أجاز الإمام أبو حنيفة الحجر على الطبيب الجاهل^(٢) ومن هذه القواعد عدم الكوث عن التعدي إذا وقع إلى أن يعترف به المتعدي بل على الولاية ملاحظته من طرق عدة كالجلس والتزير للكشف والاستبراء ومن ذلك ضرب المتهم ضرب تعزير لا ضرب حد عندما تكون تهمته قوية^(٣).

ومن هذه القواعد إيصال الحق إلى من يستحقه فلا يحق للنزاع التنازل عن حق ترتب لإنسان على آخر سواء كان هذا الحق نالجا عن تعد مادي كالضرب أو معنوي كالشتم بل يجب عليه استيفاء الحق نصاحبه وحق الولاية في التأديب والتقويم^(٤).

والحفاظ على النفس من التعدي أمر شرعي شاعل سوله كان التعدي إنساناً عاديًا أو خلافة من طبيب ونحوه لأن حرمة النفس واحدة والعبرة في الحكم تنصب على طبيعة التعدي وليس على شخص المتعدي.

التدوي مطلب شرعي :

المحافظة على النفس أمر شرعي يترتب على مخالفتها عقوبات دنيوية ، وأخروية كما قلنا . ومن مقتضيات المحافظة عليها حمايتها من المخاطر في شتى أنواعها سواء كانت هذه بفعل فاعل ، أو كانت بفعل الإنسان ذاته كالتعدي عليها أو عدم العناية بها وإهمالها .

ويحدث التعدي على النفس يقصرها على ما هو محرم عليها وهذا يعني أن تعاطي كل ما هو محرم من مطعم كاللحم الميتة ، أو مشرب كالخمر وما في حكمه يعد مخالفة ضريجة للأمر الشرعي بالمحافظة على النفس ومن عدم العناية بالنفس إهمالها بما ليس في وسعها كإتقانها بالطعام أو الشراب ، ومضاد هذا قوله صلى الله عليه وسلم (ما ملأ آدمي وعاء شراً من بطنه بحسب ابن آدم لقيات يقمن صلبه فإن كان ولابد فاعلا ثلث لطماعه وثلث لشراه وثلث لنفسه)^(٥).

(١) صحيح البخاري ج ٨ ص ١٦ .

(٢) الاقبياء والنظار لزمن العائدين بن نجوم ص ٨٧ .

(٣) الأحكام السلطانية المراجع السابق ص ٢٠٤ .

(٤) نفس المراجع ص ٢٠٥ .

(٥) أخرجه الترمذي وابن ماجه ج ١ ص ١٦ ، ج ٢ ص ١١١ .

ومن إهمالها عدم علاجها في حال المرض وفي هذا لا بد من إيضاح مسألة مهمة ربما مازالت تساور قلة من الملتزمين الذين تبلغ منهم الحساسية أحياناً مبلغ التردد فيظنون وجود تعارض بين علاج المرض والتوكل على الله ومنهم من يشائل بها إذا كان العلاج أمراً يقتضي الالتزام أم يتعارض مع مسألة التوكل ، والجواب على هذا يؤخذ من قصة الأعراب الذين جاءوا إلى رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله انتدأوى؟ فقال: نعم يا عباد الله تدأوا فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد فمالوا ما هو؟ قال : الهرم^(١).

والتوكل على الله هو الاعتقاد المطلق بأن المرض ينزل بإذن الله ويُرفع منه والقول بعدم التدأوى حتى يرفع الله المرض يشبه من يسقط في حفرة ويصر على البقاء فيها دون استعمال وسيلة للخروج منها فإذا قلنا إن سقوطه بإذن الله فإن بحثه عن وسيلة للخروج منها هو يأمر الله في فعل السبب وهكذا في حال المرض فإن الله ينزله بأحد خلقه الحكمة يقدرها، وبحث المريض عن الدواء وسيلة ظاهرة ومشروعة ولكي يتفق طلب الدواء مع التوكل يترتب على المريض الاعتقاد المطلق بأن شفاء المرض من عند الله ﴿وَإِذَا مَرَضْتَ فَعِمْشَتَيْنِ﴾^(٢)، وإن البحث عن الدواء وسيلة قاصرة ويتوقف أثرها على السبب الحقيقي وهو الله، وحينئذ ليس من تعارض بين التوكل عليه وبين البحث عن الدواء من شخص أَوْفَى معرفته.

ومصدق ذلك ما رواه مسلم في صحيحه من حديث أبي الزبير عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال : ولكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل^(٣) وما ورد كذلك في الصحيحين أن رسول الله ﷺ قال: وما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء^(٤) وما ورد كذلك عن أبي خزيمة قال قلت يا رسول الله أرايت رقى تسترقونها، ودواء نتدأوى به ، وثقاة تنقيها هل تردُّ من قدر الله شيئاً فقال : «هي من قدر الله»^(٥).

ويقول الإمام بن القيم في ذلك . . وفي هذه الأحاديث الصحيحة الأمر بالتدأوى وأنه لا ينافي التوكل كما لا ينافي دفع داء الجوع والعطش ، والجرب والبز بأكدا دواء، بل لا يتم حقيقة التوحيد إلا بمباشرة الأسباب التي نصيها الله مقتضيات لمسيباتها قدرها وشرعاً ، وأن تعطيها يقدح في نفس المتوكل كما يقدح في الأمر والحكمة وبضعفه من حيث يظن معطلها: أن تركها أقوى في التوكل ، فإن تركها عجزاً ينافي التوكل الذي

(١) أخرجه الترمذي ج ٤ ص ٣٣٤ .

(٢) سورة الشعراء الآية (٨٠) .

(٣) صحيح مسلم ج ١٤ ص ١٩١ .

(٤) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١٣٨ .

(٥) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١٣٧ .

حقيقته: اعتماد القلب على الله في حصول ما ينتفع العبد في دينه وفنيته ودفع ما يضره فيها ولا بد مع هذا الاعتماد من مباشرة الأسباب وإلا كان معطلا للحكمة والشرع فلا يعمل العبد عمزه نوكلًا ولا نوكله عمزًا.^(١)

(١) زاد اللام في حدي خير العباد للإمام بن القيم ج ٣ ص ٦٧.

الفصل الثاني الطب في إطار الأمانة ومعيار المسؤولية

كل مهنة تتم في إطار العلاقات والمنافع المشروعة بين الناس أمانة، ولكن الأمانة في المفهوم الشرعي ليست مجرد إنجاز عمل تم الاتفاق عليه بين طرفين أو أكثر بل هي - بالإضافة إلى هذا - لية صادقة تعبر عن رغبة داخلية في إتقان العمل التّجيز كما لو كان المنجز - بكسر الجيم - يريد هذا العمل لنفسه ولا يؤمن لأحدكم حتى يجب لأخيه ما يجب لنفسه^(١).

وإذا كان المؤمن يتعامل مع المؤمن في أشياء مادية يمكن التعويض عنها في حال خسارتها فإن المريض يسلم نفسه للطبيب وهي أعلى ما يملك، لأنها والوجود الذي لا يمكن التعويض عنه في حال فقده. وإذا كان المؤمن لا يكشف للمؤمن عن شيء من خصوصياته إلا في الخاصة التي يجري الاثبات عليها فإن المريض يكشف للطبيب كل خصوصياته التي يكاد يخفيها عن أقرب الناس إليه.

وإذا كان الإنسان بطبيعته يستصعب الخسارة في تعامله المادي فإنه لا يستصعب ما يتطلبه علاجه مهما كان المطلب باهظا ومكلفا. . لقد حدثني عن هذا طبيب أمريكي متخصص في سلوكيات الإنسان إضافة إلى مهنة الطب قال: كنت أمارس الطب في أحد الأحياء الفقيرة المثقلة بالسكان في إحدى المدن الأمريكية، وكان معظم سكان الحي من العمال الوافدين من خارج الولايات المتحدة، ومن السكان ضعيفي الدخل وكنت في نفسي أجند صعوبة في تقرير التحاليل المختبرية، أو وصف دواء مكلف وفقا لطبيعة المرضى ولكنني أفتاج حين أجند المريض يستسهل ما أضفه له أو أمره بفعله. ورغم تصوري - والقول له - إن من الصعب إجبار المفرط في التدخين أو المفرط في السنة على تغيير عادة نموده، وأصبحت جزءا من سلوكه إلا أن المرضى كانوا يمتثلون لكل نصيحة أو وصف طبي أضفه لهم مهما كانت مثقته عليهم سلوكيا أو ماديا، وعندئذ شعرت بوظيفة الأمانة وثقل المسؤولية التي لم أكن أدركها حق الإدراك عندما كنت طالبا في كلية الطب.

وإذا كان ما ذكره هذا الطبيب من البديهيات إلا أن واقع العلاقة بين الأطباء والمرضى يقتضي التساؤل عما إذا كان بعض الأطباء يعرف حقا مسئولية وهو يمارس أخطر تصرف في النفس البشرية؟ والجواب على هذا يعتمد على العلاقة بين الأطباء ومرضاهم وهذه العلاقة تثبي بالتالي على لاعتين:

(١) سقن ابن ماجه ج ١ ص ٢٩ .

الأولى - تقعيد المسؤولية على نحو يبين واجب الطبيب وتحديد مسؤوليته، ويختلف هذا بين مكان وآخر ففي التاريخ القديم تفاوتت المسؤولية بين حضارة وأخرى فعند الفراعنة كانت عفة الطبيب تصل إلى القتل حين يخالف التعاليم الموصوفة له من قبل الحاكم . وعند الرومان تراوحت العفوية بين القتل للطبيب إذا أخطأ، وكان من الطبقات الدنيا والإبعاد له إذا كان من الطبقات العليا .

وفي الوقت الحاضر تختلف مسؤولية الطبيب بين مكان وآخر وفقاً لنظم كل منها، وتفكيره ونظرة إلى الإنسان وإلى المسؤولية وحدودها، فهناك بلدان تشدد في مسؤولية الطبيب على اعتبار مآلها من تطور في تقنية العلاج، وأساليبه، وما تفرضه في أطبائها من تفوق علمي . وهناك بلدان أخرى ليست لديها الحساسية المشابهة لحساسية النوع الأول وبالتالي تتساهل في مسؤولية الطبيب .

القاعدة الثانية - نظرة المريض إلى علاقته مع طبيبه المصالح، وهذه النظرة تتباين أيضاً من مريض إلى آخر حسب واقعه، وطبيعة حياته، فمع أن الإنسان في كل زمان ومكان يتم بحياته، ويحافظ على وجوده كما ذكرنا إلا أنه يتأثر بواقعه في بيته وما يقرره ويفرض عليه هذا الواقع بالنسبة للعلائق فيه، فالإنسان الذي يرى في الضرر الذي يصيبه قدراً محتوماً عليه لا يرى فيما يصيبه بسبب جهل الطبيب أو إهماله أي خطأ يمكن إنكاره ومعارضته عليه، لأن ما حدث له كان أمراً محتموماً عليه سواء بسبب الطبيب أو غيره . والإنسان الذي ينكر هذا المفهوم ويعارضه يرى في خطأ الطبيب عليه ضرراً يجب مؤاخذته عليه، لأن الله الذي قدر الأقدار غيى عن التعدي في جميع صورته واشكاله باستثناء ما شرع منه، وقَرَّبَ بين ما كان من التعدي عمداً وما كان منه خطأ فجعل للعمد جزاء أعظم، وجعل للخطأ جزاء أخف بسبب اختلاف القصد في الفعلين .

أنواع المسؤولية :

يطلب البحث في مسؤولية الطبيب التطرق إلى مباحث ثلاثة :

- ١ - مسؤوليته عن التطبيب بشكل عام .
- ٢ - وجوب المسؤولية ودواعيها وانتفاها .
- ٣ - مسؤوليته عن قتل من لا يرجى له شفاؤه .
- ٤ - مسؤوليته عن الإجهاض .

وسنؤجل البحث في المبحث الأخير إلى وقت آخر .

المبحث الأول - المسؤولية عن التطبيب :

التعبير عن الطب والتطبيب وصف لما يقوم به إنسان يفترض فيه العلم نحو مريض يحتاج إلى هذا العلم، وسواء كان هذا العمل بإجر أو بدونه فإنه ينشئ بين المريض والطبيب علاقة توجب طبيعتها التزام الطبيب بذل علمه في علاج المريض وبعد إذنه، مع حسن نية في العمل... كما توجب على المريض التزاما بقبول علم الطبيب، وعلاجه ودفع أجره إن كان عمله بإجر كما هو الغالب.

ولا تنزف العلاقة على مجرد هذا الالتزام بل كثيرا ما ينشأ عنها علاقة أخرى هي ادعاء المريض بأن الطبيب قد أصابه بضرر من جراء طبعه، أو ادعاء ذويه بأنه قد سبب لهم أذى أو ضررا من جراء إتلافه أو إيذاء مريضهم، ومن ثم ينشأ عن ذلك بحث حول مدى مسؤولية الطبيب، وهل كان عمله يستند على علم، أو أنه يجهل الطب وأصوله. وهذا هو مدار مسؤولية الطبيب في كل عصر. وقبل أن نشطرق إلى قواعد الفقه في هذه المسؤولية ينبغي أن نعرف وصف الطبيب في مفهوم الفقهاء، وأخطاء الأطباء كما عرفها الفقهاء في زمانهم.

الطبيب في مفهوم الفقهاء :

المصر الذي يوجد فيه الطبيب هو الذي يحدد صفته والدلالة عليه. وقد وردت في كتب الفقه أسماء وصفات من يمهنون الطب في زمانهم، ويُفَرَّقون به عند الحديث عنهم أو الإشارة إليهم، ومن ذلك الطبائعي، والجراحي، والمجبر، والحنان، والفساد، والكواء، والحجام وهذه الأسماء علاقة نسبية بمسميات الطب الحديث فالطبايعي هو الذي يستعمل في طبعه الوصف والقول شبه بالطبيب العام أو المتخصص في الأمراض الباطنية، والجراحي هو الذي يستعمل في طبعه المياضع والمراهم شبه بالجراح الذي يستعمل في الجراحة أدواتها، ويدخل في وصفه القديم الحنان والحجام. والكحال شبه بالطبيب المتخصص في أمراض العيون ومداداتها. والمجبر الذي يستعمل الرباط والسحل شبه بجراح العظام الذي يستعمل الشد والجس. والكواء شبه في صفته بالكلي الكهربائي مع اختلاف في الشكل والطريقة وهكذا.

وقد استعمل الفقهاء كلمة والحكيم للدلالة على صفة الطبيب^(١) وهذا الوصف ما يزال شائع الاستعمال في بعض الأقطار الإسلامية واستعملوا كلمة «إنسان» للدلالة

(١) الفتاوى الكبرى للفتحية لابن حجر المنيجي ج ٤ ص ٢١٨.

على الطبيب عندما يصرّف الفعل بقطع جزء أو عضو من مريض ولكنهم استعملوا في الغالب كلمة «الطبيب» على أنه اسم جامع لكل من يداوي غيره دون تحديد لتخصصه صالم يكن الفعل «ختن» الصبي أو عمل الحجام ففي ذلك استعملوا كلمة «الختان» والحجام.

أخطاء الأطباء :

الأخطاء القديمة :

أخطاء الأطباء تشابه في كل زمان ومكان وإن تباينت أسماؤها فلكم أمها تنصب على مكان واحد هو الجسم في أعضائه، أو منافعه، أو صفاته . ومن هذه الأخطاء - كما وردت في كتب الفقه - تجاوز «الموضع المعتاد» كعلاج الطبيب عضوا لا يحتاج إلى علاج، وتركه ما يحتاج إلى علاج، أو علاجه موضع الألم مع تعديه إلى موضع آخر مما يفسده . ومن ذلك عدم قدرة الختان على ختن الصبي على النحو المعتاد كقطعه مالا يجوز قطعه أو تحلوزه في القطع مما يؤدي إلى فقدان عضو الصبي أو وفاته . ومن ذلك قلع سن ظن القائل أنه المقصود بالألم بينما لم يكن كذلك . ومن ذلك أيضا خطأ الحجام أو القصاص وإنسلاهما للدم وسيلانه مما يؤثر على الجسم أو عضو من أعضائه .

ومن هذه الأخطاء قطع الحجام أو الجراح الأكمة أو السلعة^(١) وسريان القطع إلى عضو أو أعضاء أخرى من الجسم مما يؤدي إلى تلفها أو وفاة المريض كقطع الأصبع وسراية الجرح إلى الكف أو قطع الكف وسراية الجرح إلى الساعد أو الكف وهكذا .

ومن الأخطاء التي عرضوا لها كذلك خطأ الكحال إذا ذهب ضوء العين وعدم معرفة الجراح ببط^(٢) الأورام والخراجات ويزل^(٣) ماني البطن من ماء فاسد ووصف الطبيب لم يضر شربة أو فواء أدى إلى وفاته ونحو ذلك مما يطول ذكره .

الأخطاء المعاصرة :

وفي العصر الحديث تقدم الطب بحكم التقدم الطبي، وتطور أساليبه فتوسعت تبعاً لذلك دائرة الأخطاء وأدى اهتمام الإنسان بحياته وسلامة أعضائه إلى الاهتمام بهذه

(١) السلعة بكسر السين الثقله .

(٢) البط: الثقل - للمصباح للترجمة ٦ ص ٥١ .

(٣) البول: ثقل الشيء واستخراج ما فيه . للمصباح للترجمة ١ ص ٤٨ .

الأخطاء ومقاصدة أصحابها . . وإذا كانت أخطاء الطب في الماضي محدودة بسبب محدودية التقنية الطبية، ووسائل العلاج، وعدم التوسع في علم الطب فإن التطور الطبي المعاصر رغم قوائمه الكبرى أدى إلى زيادة الضرر الذي يتعرض له المرضى بسبب عدم قدرة بعض الأطباء على استخدام وسائل التقنية الطبية استخداماً صحيحاً ويتعرض لهذه الأخطاء باختصار يعد أن نبين معيار الخطأ.

معيار الخطأ :

هل يكون معيار الخطأ شخصياً بحثاً بحيث تتم مسائلة الطبيب في ظل وضعه الشخصي كتحصيله العلمي، وتفكيره العملي، ومهارته، وخبرته المكتسبة، ودقة ملاحظته، ونحو ذلك من المعايير الشخصية الأخرى، أم يكون المعيار موضوعياً بحثاً بحيث ينظر إلى من هو في مستواه، ودرجته، وهل كان يتصرف بمثل ما تصرف به؟

الأصح أن يكون معيار الخطأ موضوعياً . فإذا كان الطبيب عاماً تمت مسائلته مقارنة بما يفعله طبيب عام في درجته ومستواه وأجهه نفس الحالة التي واجهها . ومثل ذلك ما إذا كان اختصاصياً مشرباً، ولكن ذلك لا يعني اغفال ظروف كل قضية وملابساتها الخاصة . فلو كان المعهود في طبيب ما تسرعه في تقرير العمليات دون استشارة زملائه، أو من هو أهل منه، أو دون أن يكون ثمة ضرورة قصوى لها، أخذ ذلك في الاعتبار عند مسائلته . وإذا كانت حصيلة العملية في مكان يتساهل في دراسة الطب كتقصص المدة، أو ضحف مناهج الدراسة، أو التدرب أخذ ذلك في الاعتبار أي عدم مقارنة سلوكه بطبيب آخر فختلف حواسته في مدتها وقوتها عن دراسته ولو كان طبيباً في درجته . . وإذا كانت حالة المريض النفسية - مثلاً - تستدعي عناية خاصة، وكان يجب أخذها في الاعتبار عند معالجته، ولم يعمه الطبيب لذلك اهتماماً أخذ هذا في الاعتبار عند تقرير المسؤولية ومثل ذلك ما لو كان المريض يحتاج إلى علاج أو تهدئة نفسية قبل إجراء العملية ولم يعمه الطبيب بذلك .

وقد أكد الفقهاء المعيار الموضوعي في تكييف المسؤولية ومن ذلك إذا خشن الولي الصلي في وقت معتدل البرد والحرق لم يلزمه ضمان أو إذا أمر السلطان بختن رجل أو امرأة فإن كان عن زعم الأطباء التلف بالختن أو الغالب فيه التلف فعمل السلطان الضمان أما إن كان الغالب هو السلامة فيختفي عنه الضمان^(١١)

(١١) هذا قال الإمام الشافعي على خلاف الإمامين أبي حنيفة ومالك والذين يريان عدم الرجوع لما روي عن النبي ﷺ أنه قال (الختان سنة في الرجال مكروهة في النساء . انظر المغني ج ١ ص ٣١٩ - ٣٢٠ .

أنواع الخطأ:

للخطأ أنواع ثلاثة هي: الخطأ العادي - الخطأ الطبي - الخطأ المسلكي .

أولاً : الخطأ العادي:

هذا الخطأ لا يمكن فصله عن أي خطأ آخر يرتكبه شخص هادي ضد آخر فالطبيب الذي يعالج مريضاً، أو يجري له عملية جراحية لم يستخدم فيها علمه أو أجراها متعاطياً غشراً مثلاً بحيث لا يميز تصرفه فجريته لا يختلف عن جريمة عادية ارتكبها شخص مثله . وتصرف الطبيب الذي يصف لمريضه علاجاً دون أن يجري له فحصاً دقيقاً وتشخيصاً يتفق مع الأصول الطبية، لا يختلف عن فعل أي مدع للطب يصف أدوية بدون دراسة علمية . . والطبيب الذي يستغل معرفته بالأدوية القاتلة ويعتمد صرفها لمريض قصد قتله يعتبر جرمه عادياً . ولا عبرة للمعدة التي يقضيها المريض قبل الوفاة ما دام أن السبب في الوفاة هو الدواء الموصوف .

فالخطأ العادي إذن هو كل تصرف يجره طبيب ضد مريض ولا علاقة له البتة بأصول الطب وقواعده ويجري على هذا الخطأ ما يجري على الخطأ العادي من قواعد وأحكام .

ثانياً : الخطأ الطبي:

مهنة الطب - كأي مهنة أخرى - لها إجراءاتها وقواعدها، وكثيراً ما تتشابه هذه الإجراءات والقواعد ليكون الإجراء منها مثل القاعدة والخطأ فيه مماثل الخطأ فيها إن لم يكن أشد في بعض الحالات وإذا كانت ضوابط هذه المهنة وقواعدها قد حرصت على مراعاة هذه الإجراءات والقواعد فليس ذلك من أجل مصلحة المريض فحسب بل أيضاً مصلحة الطبيب، وعدم تعرضه لأي ملاحقة . وللخطأ الطبي صورتان: أولاًهما - خطأ ابتدائي - وثانيهما - خطأ مهني .

الخطأ الابتدائي:

قد يقع المريض ضحية لتصرف الطبيب قبل المباشرة الفعلية للعلاج . ويبرز هذا الخطأ في مسألة موافقة المريض، وما تثيره هذه المسألة من مشكلات ودعوى تتعلق بادعاء المريض أو وليه على الطبيب كما تتعلق بدفاعه في رد دعوى المدعي . وإذا كانت موافقة المريض أو وليه أمراً يتوقف عليه إجراء عملية للمريض فإن المشكلة تنور حول معنى هذه الموافقة، والظروف التي تؤخذ فيها، والشكل الذي تتم به . والأصل أن يبين الطبيب للمريض ما سيقوم به من عمل جراحي في أحد أجزاء جسمه، ويترك للمريض

الحرية الكاملة في قبول أو رفض ما عرضه عليه الطبيب ولا يكون القبول صحيحاً إلا إذا صدر من عاقل بمحض طوعه واختاره. وينبغي على ذلك عدم اعتبار قبول الصغير وغير العاقل والنائم لقول النبي ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة النائم حتى يستيقظ والمجنون حتى يفيق والصغير حتى يبلغ)^(١) ويتفرع من قاعدة القبول الصحيح عدم الإكراه سواء كان مباشراً أو غير مباشر ومنه الإكراه النفسي كقول الطبيب بأن حياة المريض تقترب على إجراء عملية له.

ويتفرع من القاعدة أيضاً أن يكون القبول صحيحاً فلا عرض الطبيب على المريض إجراء جراحية له وسكت عن إبولها، فلا يعتبر سكوته قبولاً بها وفقاً للقاعدة الشرعية بالآ ينسب إلى ساكت قول. والسؤال الذي يثار غالباً هو عن الكيفية التي يتصرف بها الطبيب أو الجراح في حالة حاجة المريض إلى إجراء عملية جراحية له في الوقت الذي لا يستطيع فيه التعبير عن إرادته بالقبول أو الرفض لكونه في حالة إغماء مثلاً والأصل العقلي في هذه الحالة أن تؤخذ موافقة وليه البالغ العاقل الأقرب كالابن - فإن كان الولي الأقرب غائباً وترتب على انتظار حضوره فوتت مصلحة المريض - كما في حالة حوادث السيارات الخطرة - أخذت موافقة من يليه من الأقرب كالأخ فإن لم يوجد للمريض ولي أو لا تتوفر في ولي شروط الولاية الشرعية فحينئذ تنتقل الولاية إلى ولي الأمر لقول النبي ﷺ (السلطان ولي من لا ولي له)^(٢).

قلت: ويستثنى من قاعدة موافقة المريض أو وليه حالتان: الأولى - حالة المرض المعدي فمن المقتضي الشرعي التحرز، والتحصن من الأمراض المعدية، والعمل على منع انتشارها بين الناس فإذا ثبت لولي الأمر وجود مرض معد في شخص أو أشخاص وجب علاجهم بما يمنع سريان المرض وتطوره في أجسامهم ولو لم يوافقوا حتى لا تنتقل العدوى إلى غيرهم، ووجب أيضاً عزلهم ودليل ذلك ما رواه جابر بن عبد الله أنه كان في وفد تليف رجل مجذوم فأرسل إليه النبي ﷺ قائلاً: (ارجع فقد بايعناك)^(٣) وما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: (لا يوردن مموض على مصع)^(٤). وينبغي على ذلك مشروعية الإجراء الذي يقوم به ولي الأمر للتطعيم عن الأمراض المعدية كأمراض الكوليرا، والتهاب السحايا وما في حكمهما ولو لم يوافق المريض أو وليه على ذلك وفي كل الأحوال يشترط ثبوت خطر يهدد العامة في صحتهم.

(١) صحيح البخاري ج ٦ ص ١٦٩.

(٢) مسند الإمام أحمد ج ٤ ص ٦٩.

(٣) صحيح مسلم ج ١٤ ص ٢٣٨.

(٤) صحيح البخاري ج ٧ ص ٤٩.

الحالة الثانية - حالة المدمن على المخدرات فإذا ثبت إدمان شخص أو أشخاص على المخدرات جاز لسولي الأمر إجبارهم على العلاج، ولو لم يوافقوا عليه هو أو أولياء أمورهم. والأصل الشرعي في ذلك وجوب المحافظة على النفس، والعقل، والمدمن بحكم ضعف تدبره، وعدم قدرته على التركيز والتفكير لا يستطيع المحافظة على نفسه وعقله فلذلك جاز عدم أخذ موافقة على علاجه من الإدمان. وفي حالة عدم موافقة ولي أمره على ذلك تنتقل الولاية لولي الأمر ذي الولاية العامة.

الخطأ المهلي:

وكما كانت في الماضي تكثر أخطاء الختان والحجام والفصاء لطبيعة عملهم الجراحي فإن الأخطاء في الحاضرات تكثر غالباً في عمل الجراحين وبما بسبب طبيعة الجراحة، وتعتداتها، وتركيزها على الجسم مباشرة لعمليات مختلفة تؤثر على تماسكه. وتوجد هذه الأخطاء أيضاً في ممارسة الأطباء الآخرين لعلاج المرضى وستعرض لهذه الأخطاء باختصار على النحو التالي:

سوء التشخيص:

في قضايا التشخيص تكثر الأخطاء، وتتضاعف الآلام كما تكثر حالات المطالبة بعقوبة الطبيب. ومن هذه الأخطاء مثلاً عدم قدرة الطبيب على تشخيص حالة ولادة قبل أوانها فلما منه بأن الأم الظهر التي تشكو منها المريضة آلام ورماترية عارضة مما يطمئن المريضة وفيها بعض الوقت ثم ما لبثت أن تتعرض لحالة ولادة مصعبة في منزلها أو في مكان بعيد عن المستشفى.

ومن أخطاء التشخيص كذلك عدم معرفة الطبيب بأن المرض الذي يشكو منه المريض هو قساد الزائدة الدودية مما يقتضي العجلة في استئصالها فيظن أن الألم المشكو منه ألم عارض في أسفل البطن نتيجة تناول المريض طعاماً أو شراباً ثقيلاً ثم يصف له دواء مسكناً يطمئن معه المريض ثم ما لبثت أن يتطور المرض، وتعرض المريض لخطر تفجر الزائدة الدودية، وتغفن بعض أجهزة الباطنية.

ويرجع سوء التشخيص إلى عدم قدرة الطبيب علمياً على التشخيص بالمقارنة مع من هم في منزله أو إلى عدم استعماله وسائل التشخيص المعروفة كالسهمية الطبية، والتحليل المختبرية، والأشعة ونصرفه في جسم المريض خلاف ما يقتضي به قواعد المهنة. كما يرجع إلى استعمال هذه الوسائل بما لا يتفق مع الغرض منها أو مع طبيعة المرض المعالج منه كاستعمال الأشعة في حالات لا تسمح بذلك كحالات الحمل.

الاتفراد بالتشخيص:

الأصل في الماضي أن يقوم الطبيب بالتشخيص دون مساعدة من أحد. وفي الوقت الحاضر لم يعد أفراد الطبيب بالتشخيص أمراً مقبولا خاصة في المستشفيات الكبيرة أو في عدد من الأمراض المعينة حيث أصبحت «المشورة» في التشخيص أمراً مطلوباً وواجباً في كثير من الحالات فليس الجراح هو الذي يقرر بمفرده أن المريض يحتاج إلى إجراء عملية جراحية، بل يجب الاتفاق مع الطبيب physician المتخصص لتقرير الحالة، والاتفاق على علاجها. ولم يعد الطبيب في هذه المستشفيات هو المهيمن بمفرده على المريض تشخيصاً وعلاجاً، بل يحق لطبيب آخر من فئة أو أعلى منه مراجعة التشخيص، ونوع العلاج المنطقي للمريض من قبله.

وليس الطبيب فقط ملزماً بالمشورة في التشخيص في الحالات التي تقررها المؤسسة الطبية التي يتبعها بل يلزم شرعاً بهذه المشورة عندما يشترط عليه المريض التشاور مع طبيب آخر لمساعدته في تشخيص مرضه. كما يلزم أيضاً بالمشورة إذا بدا له أن عوارض المرض وتقيداته تحتاج إلى هذه المشورة للوصول إلى تشخيص أدق.

مد العملية الجراحية:

يحدث أن يكون تشخيص الطبيب غير دقيق فيقرر إجراء عملية جراحية في أحد أجزاء الجسم ظناً منه أن هذا الجزء هو المريض ثم يكتشف أثناء إجرائه لها أن المرض ليس في هذا الجزء الذي جرت موافقة المريض على إجراء العملية فيه بل في موضع آخر قريب منه. أو يحدث أن يكتشف أثناء العملية وجود مرض مفاجيء كفصاد الزائدة الدودية مثلاً.

فالسؤال هو عما إذا كان من الجائز للطبيب أن يتصرف فيعالج الجزء المريض الذي أخطأ في تشخيصه، وهل من الجائز له أن يعالج المرض الذي اكتشفه أثناء إجراء العملية؟

والجواب على هذا من وجهين: ففي الحالة الأولى إذا أخذ الأمر على ظاهره لقليل أن تصرف الطبيب في غير الموضع الذي حددته قبل العملية يعتبر خطأ ظاهراً لكونه تعدياً على المريض بدون موافقته إضافة إلى كونه خطأ في التشخيص وإذا نظر إلى الأمر من حقيقة لقليل بأن تصرف الطبيب يعد جائزاً لاستحالة أخذ موافقة المريض أثناء العملية، وتعارض مصلحته مع الانتظار حتى يرجي برؤيه من العملية ثم إجراء عملية أخرى له فإنه أجاز المريض بعد شفائه إجراء العملية له فقد تحققت موافقته وفقاً للقاعدة الشرعية بأن الإجازة اللاحقة كالإجازة السابقة. وإذا لم يجوز المريض تصرف الطب حتى للطبيب

الدفع بحالة الضرورة، وما تبيحه من المحظور إذ أن معالجة الجزء المريض المكتشف أثناء العملية ضرورة تقتضيها مصلحة المريض كما تقتضيها قواعد مهنة الطب .

الوجه الثاني - حالة المرض المفاجيء أو المكتشف بالصدفة . فلذا أخذ الأمر على حقيقته ليقول بأن تصرف الطبيب بعد مشروعا لامتحالة أخذ موافقة المريض أثناء العملية وتعارض مصلحته مع تأجيل علاج المرض إلى أن يبدي موافقته فتصرف الطبيب حينئذ يعتبر (إحسانا) و (مما هلى المحسنين من سبيل) (١) وفي كلتا الحالتين نعتبر موافقة ولي المريض على مد العملية الجراحية في الحالتين السابقتين موافقة صحيحة على اعتبار أن المريض أثناء التخدير مثابة فاقد القدرة على التصرف في اللحظة التي تتطلب فيها موافقته .

الأهمال وعدم الملاحظة :

قد لا يعطي الطبيب عمله ما يستحقه من الدقة والملاحظة فينتج عن ذلك آثار مرضية خلافاً للمرض الذي كان يعالجه . ومن ذلك نسيان الجراح لأقواته (مشارط وقماش تشييف الدم) في تجاويف بطن المريض مما يسبب له الآلام، ومضاعفات قد لا يتم كشفها إلا بعد حدوث تسمم دموي وتغفن في أمعائه مما يؤدي بالتالي إلى وفاته .

ومن ذلك خطأ الجراح في تثبيت جبيرة على رجل المريض أو يده تثبيتا لا يتفق مع الأصول الفنية مما يؤدي إلى انحباس الدورة الدموية وتورم الموضع المصاب وتفسخ جلده مما يؤدي إلى قطعه .

ومن الأخطاء الشائعة إهمال الجراح إعداد المريض نعنمية يراد إجراؤها له بحجة الإسراع في معالجة المرض المفاجيء الذي تعرض له (الزائدة اللمفية أو الفتق السري) رغم علمه بوجود قدر كبير من السكر في دم المريض مما عرضه لحالة الغيوبة بعد العملية ومن ثم الوفاة .

ومن هذه الأخطاء أيضا عدم دقة الملاحظة لدى الجراح في عملياته، ومن ذلك قطع العصب حول إجرائه عملية موضعية لورم أو تقرح مما يسبب شللا للجزء الموجود فيه الورم . ومن ذلك أيضا استشاره برأيه في عملية لا تدخل كل أجزائها في اختصاصه كدخول جزء منها في اختصاص طبيب العيون، أو طبيب الأعصاب .

(١) سورة فلقية من الآية ٩١ .

ثالثاً : الخطأ المسلكي :

في الماضي لم يكن الطبيب معاشياً للمريض كما هو الحال في الزمن المعاصر . كان الطبيب القديم يقوم بعمله في قلع سن، أو قطع أكلة أو كي عرق ثم يذهب وربما لن يرى المريض مرة أخرى إلا إذا جاءه أو قاضاه هو أو ذوهه بسبب خطأ حدث منه . . وقد اختلف الوضع في الوقت الراهن حيث أصبح الطبيب يعايش مريضه في المستشفى ويتردد عليه كل صباح ومساءً ويعايشه كذلك في العيادة حين يتردد عليه عارضاً تقاضيره، وتحاليله المخبرية، وشارحاً آثار علاجه .

وقد أدت هذه المعاشية خاصة في المستشفيات والمصحات إلى تنوع من العلاقة المتنامية بين الطبيب ومريضه، فالمرضى يحكم وضعه العضوي والنفسى يحتاج إلى ملاحظة ورعاية وعناية مستمرة . والطبيب بحكم تكرار الممارسة والمعايشة وتعدد المرضى أصبح يرى في المرض شيئاً عادياً فليس من المهم لدى بعض الأطباء ملاطفة هذا المريض أو مراعاة ذلك وربما يتحول العمل بالنسبة لبعض الأطباء إلى مجرد أداء وظيفي تتكرر أساليبه لمرضى يتكروون على الأبرّة، ويشكون من الآم متشابهة أو متباينة .

كيف ينظر الطبيب إلى مرضاه وكيف يعاملهم وكيف تتم حركته في إسعافهم ، كيف يكشف لهم حقيقة مرضهم . . وكيف يقتنع من يحتاج منهم إلى اقناع لإجراء عملية أو قبول دواء ما؟ وفي زخم هذه الوقائع تتوقع أو تنخفض درجة الانفعال النفسي لدى المريض وتؤثر تبعاً لتصرف الطبيب وقدرته أو عدم قدرته على أداء عمله وخبرته على نحو يلتزم في الاعتبار العوامل النفسية لدى المريض .

وقد اهتمت الشريعة وفقهها بالوضع النفسي للمريض، وما يتركه هذا الوضع من تأثير عليه قوياً أو ضعفاً . ومبعت هذا الاهتمام إحوالك ما في الإنسان من نوازع الانفعال والضعف، وما يؤثر في هذه النوازع من الأحاسيس الظاهرة والمستترة وفي ذلك روى ابن ماجه في سننه من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ (إذا دخلتم على المريض فنقصوا له في الأجل فإن ذلك لا يرد شيئاً وهو يطيب بنفس المريض)^(١) .

وفي ذلك يقول الإمام بن القيم «في هذا الحديث نوع شريف جداً من أشرف أنواع العلاج وهو الإرشاد إلى ما يطيب نفس العليل من الكلام الذي تقوى به الطبيعة وتنتعش به القوة ويثبت به الحار القريزي فيساعد على دفع العلة أو تخفيفها الذي هو غاية تأثير الطبيب وتفرج نفس المريض وتطيب قلبه وإدخال ما يسره عليه له تأثير عجيب في شفاؤه وعفته وشفائها فإن الأرواح والقوى تقوى بذلك فتساعد الطبيعة على دفع

المؤذي . وقد شاهد الناس كثيرا من المرضى تتمتعش قواء بعيافه من يحيونه ويعظمونه وورثتهم له ولطفهم بهم ومكالتهم إياه وهذا أحد فوائد عيادة المرضى التي تتعلق بهم فإن فيها أربعة أنواع من الفوائد: نوع يرجع إلى المريض ونوع يعود على المعاللة ونوع يعود على أهل المريض ونوع يعود على العامة^(١)

وقد عدد الإمام بن القيم عشرين صفة للطبيب الحاذق ومنها . . أن يكون له خبرة باعتلال القلوب والأرواح وأقويتها وذلك أصل عظيم في علاج الأبدان فإن اتفعل البدن طبيعته عن النفس والقلب أمر مشهود والطبيب إذا كان عارفا بأمراض القلب والرؤج وعلاجها كان هو الطبيب الكامل والذي لا خبرة له بذلك وإن كان حاذقا في علاج الطيبة وأحوال البدن نصف طبيب . ثم أكد على صفة أخرى تنفرد من تلك وهي (التلطف بالمريض والرفق به كالتلطف بالصبي)^(٢).

المبحث الثاني - وجوب المسؤولية ودرجاعتها وانتفاؤها:

تجب المسؤولية على الطبيب حين يعتدي عمدا أو يخطئ خطأ في مهته وذلك حفظا للنفس من التعدي والعبث، فالشرعية في قواعدها ومقاصدها قائمة على التوازن في حفظ الحقوق والمصالح . فالاعتساي على غيره يجرى بمثل اعتدائه، والمخطئ لا يجرى بسبب عدم قبصره وإهماله وما كان هذا الحكم إلا دلالة على حرمة النفس وحققا عند الله وتكريه لها، ونبيه عن التعدي عليها - كما ذكرنا من قبل - وحفظا لحق المريض والطبيب معا بينت الشريعة حكم المسؤولية، وشروطها . فالمتطلب الذي يتعاطى طبيا لا يعرف لئلا مسؤولية من الطبيب العالم الذي يجتهد بعلومه ومهارته فيخطئ في العلاج . وقد ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال (من تطيب ولا يعلم منه طب فهو ضامن)^(٣) وفي قول آخر (أيما طبيب تطيب على قوم لا يعرف له تطيب قبل ذلك فأعت فهو ضامن)^(٤) وفي قول آخر (من تطيب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن)^(٥) ومع اختلاف اللفظ في هذه الروايات إلا أن المعنى واضح في الدلالة على ضمان الطبيب عندما يطلب غيره وهو جاهل

(١) زاد المعاد ج ٣ ص ١٠١ .

(٢) زاد المعاد ج ٣ ص ١١٠ - ١١١ .

(٣) وصاد ذلك ما حدث به نصر بن عاصم الأنطاقي ومحمد بن الصباح بن شيمان أن الوليد بن مسلم أصبحهم عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده إلى تمام الحديث أنظر سنن أبي داود ج ٤ ص ١٩٥ .

(٤) ويقاد ذلك ما حدث به محمد بن العلاء عن حفص عن عبد العزيز بن صهر بن عبد العزيز عن بعض الرواة الذين قدموا حل أبيه . . . الخ الحديث .

(٥) ويقاد ذلك ما حدث به هشام بن عمار وراشد بن سعيد الرمي عن الوليد بن مسلم عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . . . الخ الحديث . . . سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١٤٨ .

بالطب . ويمكن تفسير المراد بالحديث على معنيين : الأول - الجهل المطلق بما يعني أن الطبيب لا يعرف من علم الطب ما يمكن وصفه بالمعرفة به في عرف الزمان والمكان الذي تعطب فيه . ومثل ذلك من يمارس قلع الأسنان وعلاجها وهو لا يعرف البنية طب الأسنان أو من يمارس علاج الأمراض الباطنية وهو غير مختص في علم هذه الأمراض .

والمعنى الثاني - متطبب يعرف الطب ولكنه غير ماهر في معرفته ولعدم المهاراة صفتان : الصفة الأولى : طبيب متخصص في طب الأسنان أو الباطنة أو الجراحة ولكنه غير ماهر فيه بسبب ضعف علمه أو قلة خبرته ، أو عدم دقته . والصفة الثانية طبيب غير متخصص ، ويعالج مرضاً تقتضي طبيعته التخصص كطبيب الأسنان حين يمارس طب النساء والولادة ، أو جراحة العظام فهذا طبيب جاهل في التخصص الذي لا علم له فيه .

قلت : والأصل أن يمارس الطبيب عمله بنية علاج المريض ونفعه وفقاً لمعرفته بعلم الطب وأساليبه ولكنه كأي شخص مهني مريض في مهنته للخطأ والصواب ويشفع له في حال الخطأ نية وقصد الحسن فيعفى من المسؤولية ما لم يكن الخطأ يتعارض مع أصول مهنته قياساً على من هرق في وضع مثله .

ومع أن الغالب والأعم في خطأ الطبيب هو الخطأ المهني إلا أنه مريض للتعدي على النفس بدون حق كحالة من حالات الشذوذ الإنساني . ولهذا رتب الفقهاء على قصد الطبيب وإذن المريض نتائج مهمة فترقوا بين : المسؤولية عن العمد والمسؤولية عن الخطأ .

المسؤولية عن فعل العمد :

وفي ذلك قالوا إن الطبيب إذا أكره المريض على قطع جزء منه فيه أكلة أو سلعة فما يترتب على القطع وسرايته مضمون بالقصاص ولا ينفي هذه المسؤولية إلا كون المريض صغيراً والقائم بعلاجه وليه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه الثوري عليه لأنه قصد مصلحته^(١) وسئل صاحب المحيط عن رجل قصد نائها فتركه حتى مات من سيلان الدم قال : يجب عليه القصاص^(٢) ويشترط فقهاء المالكية في القصاص انتفاء الحق والشبهة^(٣) كما يشترط الخطأ بغير عمد إن المريض وفي ذلك قال عته الإمام بن القيم وقال الخطأ لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى خلف المريض كان ضامناً والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرقه متعدد

(١) المنهاج ج ١ ص ٣٤٩ - ٣٥١ .

(٢) لسد المحاكم ص ٨٦ .

(٣) منع اجليل ج ٩ ص ٤٣ - ٤٤ .

فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود، لأنه لا يستبد بذلك بدون إذن المريض^(١) والوجه الآخر أن استبداده وعدم إذن المريض له موجب للقصاص منه.

وعند عدم الإذن يشترط الإمام أبو محمد بن حزم لانتفاء القصاص عدة شروط: أولها - أن يكون الطبيب محسناً في عمله. ويستشهد على ذلك بقول الله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(٢) وقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٣) وثانيها - أن تقوم البيئة على أن الجزء المقتطوع من المريض لا يرجي له برؤ ولا توقف. وثالثها - أن تقوم البيئة كذلك على أنه مهلك لا محالة. ورابع الشروط أن تثبت البيئة على أنه لا دواء له إلا القطع فإذا لم تتوفر هذه الشروط فعلى القاطع القود لأنه حينئذ متعد وقد أمر الله بالقصاص في القود^(٤).

قلت: وتنطبق هذه القاعدة على فعل الطبيب في عدد من الأفعال الشاذة المعاصرة ومن ذلك حالات القتل لقاء أجر باستعمال أدوية قاتلة تحت زعم المداواة، وحالات قتل الأشخاص بطرق ملتوية للحصول على تعويضهم من التأمين^(٥) وحالات القتل لمن يُظن - بضم الياء - استحالة شفائه.

كما تنطبق هذه القواعد على أي فعل يثبت منه سوء نية الطبيب وقصده الإضرار بالمريض كما لو نقل إليه مرضاً معدياً يؤدي به إلى الهلاك كما في حالات مرض فقدان المشاعة أو كما لو غير أو حول عمداً صفة عضو من أعضائه، أو عطل منافعه. ويستوي في ذلك إن كان الفعل حالاً، أم غير حال مباشراً أم غير مباشر مادام أنه حتمي الوقوع.

المسؤولية عن فعل الخطأ:

وهو ما لم يقصد الطبيب نتيجته رغم اجتهاده لتلافي حدوثها وقد تعرض الفقهاء لعدد من حالات الخطأ وأوجبوا الضمان فيها ونذكر بعضاً، منها على سبيل المثال:

(١) زاد المعاد ج ٣ ص ١٠٩.

(٢) سورة المائدة الآية (٢).

(٣) سورة البقرة الآية ١٩٤.

(٤) المحل ج ١٠ ص ٤٤٤.

(٥) حدثت عدة حالات قتل لقاء الحصول على مبالغ التأمين لأقارب يرثهم الطبيب كالزوجة والجدة.

الحالة الأولى - وجوب الدية على الخاطئ إذا قطع خطأ الحشفة^(١) ووجوب الضمان على الطبيب إذا تعدت يده إلى عضو صحيح فلفظ^(٢) ويترتب هذا الضمان رغم مهارة الطبيب وإن المريض له وقياه بعمله قياسا معتادا وفي هذا مثل صاحب المحيط عن فساد جاء إليه غلام فقصده فقصدا محتادا فأت به قال: يضمن ويكون على عاقلة الفساد^(٣).

وعلى هذا يجب الضمان على طبيب العيون الذي أراد إزالة شعرت في جفن العين فأخطأت يده فأصابته جزءا آخر فسيب ذلك ضررا له. وعلى هذا أيضا يجب الضمان على جراح الإنسان الذي أراد خلع سن المريض فأخطأت يده، أو أنه فخلع سنا صحيحا وهكذا في الحالات المشابهة.

الحالة الثانية - ترتب الضمان في حال الخطأ في وصف الدواء وفي ذلك يرى صاحب الفتاوى الفقهية الكبرى أن من كان غير عارف بالطب فتولد الملاك من دوائه بقول عدلين يلزمه الضمان استدلالا بحديث رسول الله ﷺ (من تطيب ولم يعرف الطب فهو ضامن)^(٤).

وليس المقصود بهذا من يجهل الطب جهلا تاما فحسب بل الطبيب الذي أخطأ في وصف الدواء وعلى هذا يترتب الضمان على الطبيب الذي يهتف دواء ويؤدي إلى ضرر المريض كما لو وصف له كمية لا يحتاجها مرضه فتج عنها أذى له، أو كما لو وصف له علاجاً لا علاقة له بمرضه، أو كما لو كرر له الدواء بدون ضوابط مما يجعل المريض يعتنه كما في حالات الأدوية المهدئة والمنشطة. وقيل إن الضمان يكون على بيت المال أو على عاقلة الطبيب^(٥).

قلت: أما كون الدية في بيت المال ففيه نظر فالطبيب قد أخطأ بفعله أو إهماله فالحق عندئذ أن يتحمل خطأه بدليل قوله تعالى ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ﴾^(٦) وبيت المال بمثابة الضامن إنما نيابة عن الجماعة فيما يمكن نسبت إليه حكما كخطأ الحاكم الذي يعمل من أجلهم ولصالحتهم، أو لجبر ضرر أصاب شخصا لا يمكن جبره إلا عن طريق بيت المال كقتل الزحام - كما مر ذكره - أما الطبيب الذي يعمل لنفسه ويقاضي أجرا عليه فينتهي أن يتحمل خطأه وليس له على الجماعة من سبيل.

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٤١٨ وفي رواية عن الإمام مالك أنه لا يضمن.

(٢) زاد المعاد ج ٣ ص ١٠٩.

(٣) معين المحاكم ص ٩٣٧.

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ج ٢ ص ٤١٨ - ٤٢٠.

(٥) زاد المعاد الرجوع السابق.

(٦) سورة الم نشر الآية ٢٨.

الحالة الثالثة - وجوب الضمان في حال عدم الإذن وفي ذلك يرى الإمام ابن القيم أن من قطع جزءاً من رجل غير إلفه أو من صبي ويجنون بغير إذن وليه فأدى فعله إلى التلف فعليه الضمان وقيل لا يضمن لأنه محسن و«ما على المحسنين من سبيل»^(١) والمقصود بهذا عدم الإذن غير المصحوب بالإكراه ويمكن تصور ذلك في حالة التلاميذ الذين يعالجون في مدارسهم، فقد يخطيء طبيب المدرسة في علاج أحدهم كعدم قيامه باختيار حساسيته مما تسبب في موته بفعل ساذجة البنطلون مثلاً. وقد يخطيء في حالات التحصين الوقائي ضد الأمراض المعدية كما لو أعطى التعميد لقاحاً فاسداً أو ملوثاً مما تسبب في موته.

كما يمكن تصور عدم الإذن في حالة المجنون المقيم في المصحات المخصصة لهذا النوع من المرضى فقد يخطيء طبيب المصح في علاج مريضه مما يؤدي إلى وفاته. ففي هاتين الحالتين تضمن المدرسة والمصح ما أحدث للصبي والمجنون ولو كانا غوليين بالعلاج من ولي الأمر أو من ولي المجني عليه، لأن الإذن هنا متعلق بالعلاج أو التحصين فإذا نتج عن أي منهما ضرر للتلميذ أو المجنون أصبح الفعل خطأ يوجب الضمان. وشاهد ذلك قول الإمام أبي حنيفة أن الزوج إذا ضرب زوجته لتشويهها فماتت من ضربه ضمن لأن المأذون له فيه تكديها وليس قتلها. وإذا ضرب الولي أو الوصي الصبي للتأديب فمات ضمنه فالتأديب واسم للفعل يبقى المؤدب حياً بعده فإذا سَرَى ثوبه أنه قتل وليس بتأديب وهما غير مأذونين في القتل»^(٢).

الحالة الرابعة - وجوب الضمان على الطبيب إذا كان المريض يظن أنه طبيب وأذن له طبعه أما إذا علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له وأذن له في طبعه لم يضمن^(٣).

وعلى الشئ الأخير من هذه القاعلة لا يضمن مدعي الطب ما يحدث للمريض من تلف إذا أجرى له عملية أو وصف له دواء مبادم أن المريض يعرف أنه جاهل بالطب وأوصاف الأدوية ومركباتها وآثارها وعلى هذه القاعلة لا يضمن طبيب الأسنان مثلاً إذا أجرى عملية ولادة بإذن المريضة أو وليها ونتج عن عمله ضرر لها أو وليدها، ولا يضمن كذلك الطبيب البيطري إذا أجرى عملية أو وصف دواء لإنسان ونتج عن عمله، أو وصفه ضرر له مادام أنه قد وافق على علاجه وهو يعرف جهله.

والأساس في عدم الضمان «إذن المجني عليه» حيث يسقط هذا الإذن العقوبة التي يستحقها المتعدي سواء كانت العقوبة قصاصاً أو دية.

(١) سورة التوبة الآية ٩١.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ - ص ٣٠٥.

(٣) زاد المعاد المرجع السابق.

قلت: وبين الفقهاء خلاف في ذلك فعند أبي حنيفة وأصحابه الثلاثة أن من قال لأخيه أقتلني فقتله فلا قصاص عليه على خلاف الإمام زعفر الذي يرى القصاص وإذا لم يجب القصاص فهل يجب الدية؟ فيه روايتان عن أبي حنيفة وأصح الروايتين الوجوب لأن العصمة قائمة مقام الحرمة وإنما سقط القصاص لكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال^(١).

وعند الإمام أحمد أن الإفك بالقتل يسقط العقوبة من الجاني ولو قال مكلف غير من لغيره: أقتلني أو أجرحتني ففعل قهدير أو قال مكلف لغيره أقتلني وإلا تقتلك ففعل فسلمه مدبر وجرحه مدبر، لأن الحق له فيه وقد أذن له في إتلافه، كما لو أذن له في إتلاف ماله ولو قاله أي أقتلني أو أجرحتني أو أقتلني وإلا تقتلك فن فعل ضمنه القاتل لسيده بماله أي بيمينته أو أرض الجريحة، لأن إذن القن في إتلاف نفسه لا يسري على سيده فقط أي دون القصاص ولو كافأه القاتل، لأن القصاص حق للقتل وقد سقط بإذنه في قتله^(٢).

قلت: وينبغي النظر إلى هذه المسألة من عدة وجوه:

أولها - أن النفس ملك لله عز وجل ولا يجوز للإنسان التصرف فيها إلا بما فيه نفع لها أو إزالة ضرر عنها وإذن المريض لمدعي الطب بالتصرف فيها خطأ منه.

الوجه الثاني - أن الإنسان محرم عليه التعدي على نفسه غيره إلا إذا كان في هذا التعدي مصلحة ظاهرة لها كقيام الجراح بإجراء عملية لإزالة ضرر واقع عليها وعلى هذا فإن تصرف مدعي الطب في نفس المريض عند ظاهرها لا يبرره إذن المريض مادام أنه هو لا يملك التصرف فيها إلا بما ينفعها.

الوجه الثالث - أن مدعي الطب لا يعتبر في تصرفه محسناً أو قاتلاً بمعروف لينطبق عليه قول الله تعالى ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾^(٣) أو قول رسول الله ﷺ ﴿إنما الطاعة في المعروف﴾^(٤) لأن التعدي يمثل ذلك يتناقض مع مفهوم الإحسان، والمعروف.

الوجه الرابع - أن قبول مدعي الطب بعلاج المريض وهو لا يعرف الطب قبول بارتكاب معصية مما يتناقض مع قول رسول الله ﷺ ﴿عل المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب أو كره إلا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة﴾^(٥) وفي ذلك قال الإمام بن حزم

(١) بدائع الصلتح ج ٧ ص ٣٠٥.

(٢) كشاف الداع من متن الإيضاح ج ٥ ص ٥١٨.

(٣) سورة النقرة الآية ٩١.

(٤) صحيح البخاري ج ٨ ص ١٠٦.

(٥) صحيح البخاري ج ٨ ص ١٠٥.

ولحرام على كل من أمر بمعصية أن يأمر لها فإن فعل فهو فاسق عاص لله تعالى وليس له بذلك عذر وكذلك الأمر في نفسه بما لم يحج الله تعالى له فهو عاص له تعالى فاسق ولا علو للمأمور في طاعته بل الأمر والذي يؤمر سواء في ذلك فالواجب أن يجب للأمر إنساناً بقطع يد الأمر نفسه بغير حق أو بقتل عبده أو بقتل ابنه ما يجب عليه له لو لم يأمر وبذلك من القود أو الدية لأن وجود أمره بذلك باطل لا حكم له في الإباحة أصلاً^(١).

انتفاء المسؤولية :

يرى الكثير من الفقهاء انتفاء المسؤولية عن خطأ الطبيب إذا كان ماهرًا في مهنته، ولم تعتمد يده وكان علاجه للمريض بلذنه، وكان الخطأ الذي وقع فيه غير فاحش ويعملون ذلك بآفة سرية ماذون فيه كسريرة الحد^(٢).

وقد خالف الإمام أبو حنيفة الذين استدلوا على عدم الضمان (في حالة ختان الصبي مثلاً) بأن الفعل مراية مأذون فيه - خالفهم حيث يرى الضمان في الفعل مطلقاً على أساس أن إذنه للمريض تم بشرط السلامة^(٣) ولعل ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة يتفق مع واقع هذا العصر وما توفر فيه للطبيب من وسائل التقنية الطبية حيث يفترض فيه العلم بما يفعل مع المهارة فيه فإذا أجرى الجراح عملية لاستئصال الزائدة الدودية مثلاً فالمرض أن لا يسري الألم إلى جزء آخر من الجسم. أما إذا حدث أن سري الألم إلى طبقة من طبقات الجلد أو إلى أي جزء من الأمعاء أو غيره فيجب الضمان حينئذ على الطبيب. وإذا أجرى عملية لتعديل ميل في الجزء الداخلي للألف (كوجود نتوء يؤثر على التنفس) فالمفترض أن لا يسري الألم إلى أحد الشرايين فإذا حدث وأن تأثر شريان أو أي جزء آخر بسبب هذه العملية فينبغي أن يضمن الجراح سرية فعله.

وإذا وصف الطبيب ووما في باطن المريض بأنه مريض حيد وقرر استئصاله ثم تبين أثناء العملية أن هذا الورم غير ذلك مما نتج عنه تطوره وانتشار آثاره بسرعة في الجسم مما أدى إلى وفاة المريض فالواجب عندئذ ضمان الطبيب، لأنه غامر بحيات المريض وكان من الممكن معالجة الورم بغير الجراحة بعد توصيفه وصفاً دقيقاً.

وعلى الرأي الأول يتطلب انتفاء المسؤولية توفر الشروط التالية :

(١) المحل جـ ١٠ ص ٤٧٦.

(٢) زاد المعاد المرجع السابق.

(٣) زاد المعاد جـ ٣ ص ١٠٩ وبدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٤ - ٣٠٥ وشرح فتح القدير جـ ٨ ص ٢٩١.

أولاً : أن يكون الطبيب ماهراً :

وقد عدد الإمام ابن القيم صفات الطبيب الماهر وهي النظر في نوع المرض من أي الأمراض هو، وسببه من أي شيء حدث، والعلة الفاعلة التي كانت سبب حدوثه، وقوة المرض وهل هي مقاومة للمرض أو أضعف منه فإن كانت مقاومته للمرض ستظهر عليه تركها والمريض ولم يجر بالادواء ساكتاً. ومن هذه الصفات مزاج البدن الطبيعي ما هو، والمزاج الحادث على غير المجزى الطبيعي، ومن المريض، وعلمته، والوقت الحاضر من فصول السنة وما يليق به، وبلد المريض وترتبه، وحال الهواه في وقت المرض، والنظر في الدواء المضاد لتلك العلة، والنظر في قوة الدواء ودرجته والموازنة بينها وبين قوة المريض، وألا يكون قصده إزالة تلك العلة فقط بل إزالتها على وجه يأمن معه حدوث أصعب منها فمضى كان إزالتها لا يأمن معها حدوث علة أخرى أصعب منها أبقاها على حالها وتلطيفها هو الواجب وهذا كمرض افواه العروقي فإنه متى عولج بقطعه وحسبه خيف حدوث ما هو أصعب منه ومن هذه الصفات أن يكون علاج الطبيب بالأسهل فالأسهل فلا ينتقل من العلاج بالغذاء إلى الدواء إلا عند تعلقه، ولا ينتقل إلى الدواء المركب إلا عند تعذر الدواء البسيط فمن سعادة الطبيب علاجه بالأعلية بدل الأدوية وبالأدوية البسيطة بدل المركبة، وأن ينظر في العلة هل هي مما يمكن علاجها أولاً فإن لم يمكن علاجها حفظ صناعته وحرمة ولا يحمله الطمع على علاج لا يقيد شيئاً، وإن أمكن علاجها نظر هل يمكن زوالها أم لا فإن علم أنه لا يمكن زوالها نظر هل يمكن تخفيفها وتقليلها أم لا فإن لم يمكن تقليلها ورأى أن غاية الإمكان إيقافها وقطع زيادتها قصد بالعلاج ذلك وأعان القوة وأضعف المادة. ومن هذه الصفات، ما أشرنا إليه من قبل، وهو أن تكون للطبيب خبرة باعتلال القلوب والأرواح وأدويتها، وأن يكون من واجبه التلطف بالمريض والرفق به كالتلطف بالصبي واختتم الإمام ابن القيم صفات الطبيب بأن .. يجعل علاجه وتديره دائراً على ستة أركان هي :

- حفظ الصحة الموجودة .
- رد الصحة المفقودة بحسب الإمكان .
- إزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان .
- احتياط أدنى المتدنيين لإزالة أعظمها .
- تفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما .

فمثل هذه الأصول الستة مدار العلاج أو كله طبيب لا تكون هذه أخيه التي يرجع إليها وليس بطبيب^(١) فانظر كيف وصف ابن القيم الطبيب الماهر بأوصاف مازال

(١) زاد المعاد المربع السابق جـ ٣ من ١١٠ - ١١١ .

المريض في هذا الزمان وفي غيره يتنى أن تتوفر في الطبيب وهو يسلم له نفسه للعلاج. فعدم التحريك بالدواء الأعضاء الساكنة أمر علمي يتوقف على دلة التشخيص، وتحديد المرض تحديداً قاطعاً وهذا لم يحصل إليه بعد إلا أشهر الأطباء بعد معاناة وتجارب. والمعالج بالأسهل فالأسهل قضية مازال المرضي الثقلون بالأدوية وتعقيدات وتأثيراتها يتبنونها وقد بدأت في الوقت الحاضر دعوات علمية إلى التركيز على الغفلة واعتباره العامل الحقيقي لحفظ الصحة واستجابة لهذه الدعوات انشئت مستشفيات للعلاج بالأغذية كالمعمل والتواكه والخضروات.

وانظر كيف ذكر ابن القيم واجب الطبيب في النظر في العلة، ووجوب تأكده عن علاجها أو الامتناع عن العلاج حفظاً لمهته وحصوناً لحرمة من علاج دافعه الطمع وهو لا يفيد المريض وإلّا يضره.

قلت: لم يكن الإمام ابن القيم طبيباً يعرف أسرار مهمة الطب ولكنه كان (فقيهاً) يدرك أن هذه المهنة من أشد المهن خطراً، وأوجبها حظراً وأنه لكي تبرا ذمة الطبيب، ويتخلص من المسؤولية الشرعية عليه أن يكون ماهراً بمعرفة العلل وعلاجها مدركاً لمسئوليته وواجبه واحترامه للنفس البشرية والاهتمام بها والمحافظة عليها لما لها عند الله من حرمة ولما لها في الأرض من حكمة.

ثانياً: ولكي تنتهي مسؤولية الطبيب ينبغي ألا تتعدى يده إلى عضو صحيح ويعبر الفقهاء عن ذلك بـ «عدم تجاوز الموضع» وهذا يقتضي أن يكون علاجه قد انصب على العضو المريض فإذا تعدى إلى عضو صحيح فلهذا لزمه الضمان ومثل ذلك ما لو أراد شق أو قطع ورم ظاهر فتعدت يده إلى العصب فأقسده أو أراد مداواة مرضى باطن فأخطأ موضعاً فأفسد غيره وهكذا.

ثالثاً: أن يكون علاجه للمريض بإذنه، أو إقذ ولله، أو وصيه وهذا يقتضي أن يكون الإذن صريحاً ودون قسر وإكراه وقد تقدم الكلام على ذلك.

رابعاً: أن يكون الخطأ غير فاحش وفي ذلك سئل الفقيه الخلواني عن الحكم في مسألة صبية سقطت فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين: إن أنتم شققتم رأسها تموت وقال واحد منهم: إن لم تشقوه اليوم تموت وأما أشق وأبسر بها فشقه فمات بعد يوم أو يومين فقال: مادام الشق بإذن، ومادام معافداً ولم يكن وفاحشاً خارج الرسم فإن الطبيب لا يضمن فقبل له قال الطبيب: إن مائت فأنا ضامن، هل يضمن؟

نقال: إنه لا يضمن لأن ضمان الطبيب يترتب على (خطئه الفاحش) لا على نهمه، بنجاح العملية^(١) وينبغي على ما سبق أن ضمان الطبيب يتوقف على الكيفية التي يعالج بها مرضاه أي أن التزامه التزام يبدل عنايه، وليس التزام بغاية، فالشفاء من عند الله وليس على الطبيب من جناح إذا بذل جهده، وكان علاجه يتفق مع الأصول والقواعد الطبية المتعارف عليها في زمانه ومكانه.

قلت: ولقد راعت الشريعة العامل النفسي لدى الطبيب فكيف لا يكون خوفه من المسؤولية عائقاً له في مهنته وفي ذلك يقول الإمام ابن القيم إن جناية التطيب في قول عامة الفقهاء على عاقبته - مع تفصيل في ذلك - أي إن كانت يده قد انحطت إلى عضو صحيح فأنفقه فهذا يضمن، لأنها جناية خطأ ثم إن كانت الثلث فيها زاء فهر على عاقبته. أما إن لم يكن له عاقلة ففيل تكون في ماله، أو في بيت المال - كما مر ذكره - فلن لم يوجد بيت مال، أو تعذر تحميله الدية قبل بسقوط الدية وقبل بعده والأشهر سقوطها^(٢).

المبحث الثالث - مسؤولية الطبيب تجاه من لا يرجى له شفاء:

وفي العصر الحديث بأفغاله ومشكلاته برزت قضيتان تتعلقان بكيونة الإنسان بكرامته:

الأولى - قضية الشيخوخة ومضاعفاتها ففي الماضي كان الاهتمام بالإنسان في كبره ينبع من قوة العلاقات والتماسك سواء في داخل الأسرة أو الجماعة وفي ظل تلك العلاقات لم يكن المسن يواجه العنف بمثل ما يواجه به في الزمن المعاصر وربما لم يكن في تاريخ الإنسان الماضي ما يؤثر على المسن إلا في حالات معدودة أثرت عن قياسات الاسكيمو في قتلهم لشيخوخهم لعدم قنوتهم على الحياة في ظروف طبيعية صعبة.

القضية الثانية - قضية المرضى الزمن وبالدات من لا يرجى له شفاء وفي ظل تلك العلاقات والتماسك أيضاً كان المريض يلقي الرعاية والعناية سواء كان مريضاً عارضاً أم مزماً ولم يؤثر عن الإنسان في ماضيه ما يوصف بالقسوة على المريض لمحاولة التخلص منه باستثناء ما أثر عن بعض القبائل المتناثرة في المعمورة من هجرها للمريض من أعضائها والبعاد عن انقاء عدوى مرضه وتركه يقاوم ضعفه إلى أن يمضج أو يموت.

وفي العصر الحاضر بدأ يتنابح بعض الإنسان شعور غريب نحو المسنين والميوس من شغائهم فالمسن في واقع العلاقات المتغيرة أصبح يعاني من العزلة ومن قسوة الأثرة وربما لا يخفف من ذلك إلا اهتمام الجمعيات الخيرية به ومحاولتها الإسهام في إيجاد وضع

(١) حاشية الطحطاوي ج ٢ ص ٢٧٩ -

(٢) زاد المعاد المرجع السابق ص ١٠٩ -

إنساني يقتضي فيه المسن بقية عمره، ولكن المريض الذي لا يرجى له شفاؤه أصبح في وضع أصعب ومعاناة أشد وذلك بعد أن بدأت في أوروبا فكرة مربة شاذة تقول بجواز قتله وورغم أن هذه الفكرة تشكل جريمة قتل عمد إلا أن أصحابها يحاولون نفي هذه الصفة عنها بحجة أن الخلف منها الرحمة بالمريض وتخفيفه من الآلام بعد أن تملأ شفاؤه إلى جانب أنها تخفف عن أوليائه ما يعانونه من عدم القدرة على العناية به ولا يتم اللجوء إلى هذه الجريمة بطريقة القتل المباشر بل يتم في الغالب عن طريق الأدوية ومساعدة الأطباء سواء منهم من يؤمن بهذه الفكرة أو من يقوم بهذا العمل لقاء أجر.

مفهوم الفقهاء للحياة وحرمة التعدي عليها :

ليست هناك حالة وسط حياة الإنسان أو موته بل هناك موت أو حياة ولا عبرة في ذلك للمرض وشدته وقد أوضح هذا الإمام أبو محمد بن حزم في مسألة اسمها ومن قتل إنساناً بجود بنفسه للموت، ويدلها بقوله «قال علي رويانا من طريق أبي بكر بن أبي شيبة حدثنا يحيى بن أزهري حدثنا زهير عن جابر عن الشعبي في رجل قد ذهبت الروح من نصف جسده قال يضمنه قال علي : لا يختلف اثنان من الأمة كلها في أن من قريت نفسه من الزهوق بعله أو بهراجة أو بجنابة عمداً أو خطأ فيمت له ميت فأنه يره إلى أن قال : إذا لا يختلف اثنان من أهل الشريعة وغيرهم في أنه ليس إلا حياً أو ميتاً ولا سبيل إلى قسم ثالث فإذا هو كذلك وكنا على يقين من أن الله تعالى قد حرم اصباحاً موته وخمه ومنعه النفس فيبقون وضرورة تدري أن قاتله قاتل نفس بلا شك فمن قتله في تلك الحال عمداً فهو قاتل نفس عمداً ومن قتله خطأ فهو قاتل خطأ وعلى العاصد القود أو الدية أو المظاهرة وعلى المخطيء الكفارة والدية على عاقبته وكذلك في إغراقه القود في العمد»^(١)

وقد حدد الفقهاء عدداً من الأوصاف الجسائية التي يستدل بها على موت الخبي^(٢) . ووتبوا على ذلك آثاراً شرعية منها أن قتل المريض المشرف على الموت يُرجب القصاص من القاتل ومن ذلك ما لو قتل إنسان آخر قد نزهت أحشائه وتأكد موته بعد مدة قصيرة

(١) المحل ج ١ ص ١٨٠ .

(٢) انظر في هذا الكتابي المرجع السابق ج ١ ص ٢٤٦ والمجلد شرح القمعة ج ١ ص ١١٤ والروضة البدية شرح الدرر البهية لأبي العلي البخاري ص ١٥٨ ومن هذه الأوصاف إسفناس البحر وميل الأنت والصف الصدغين واسترخاء القدمين وفي فتاوى دار الإفتاء المصرية ج ١ ص ٣٧١٥ أنه يجوز اعتبار الإنسان ميتاً متى زالت مظهر الحياة فيه وباعت هذه العلامات الجسدية وليس ما يمنع من استئصال أحيات طية للتحقق من موت الجهاز العصبي ولكن ليس هذا وحده آية الموت بمعنى زوال الحياة بل إنه استعراة النفس وعمل القلب والقيش وإن دلت الأجهزة الطبية على فقدان الجهاز العصبي لحراصة الوظيفة - فإن الإنسان لا يعتبر ميتاً بتوقف الحياة في بعض أجزائه .

• مسؤولية الأطباء •

لهنا يجب القصص منه لأنه أزهق حياة مستقرة^(١) والعملة في ذلك أن فقدان الحياة في جزء أو أجزاء من الجسم لا يعتبر فقداناً للحياة ، فمن قتل مريضاً أو مشلولاً أو مجروح الأطراف أو معدوم الخواص لمهر قاتل نفس سواه كان القاتل صحيحاً سوى الخلق لم كان غير ذلك^(٢) وفي هذا يقول الإمام الشافعي «من جنى على رجل يسوق يرى من حسره أنه في السياق وأنه يقبض مكانه فضر به بحدية فبها مكانه فقتله ففيه القود ، لأنه قد يعيش بعد ما يرى أنه يموت»^(٣).

وينبغي على ذلك أن كل تعد على المريض - مهما كانت شدة مرضه وطبيعته - بمائل التعدي على الصحيح ، فمن قتله أو نزع عضواً من أعضائه بحجة اليأس من شفائه أو انتفاع مريض آخر بعضو من أعضائه أو لإجراء تجارب عليها أو لأي غرض مشابه - فعليه الضمان حسب طبيعة فعله عمد أو خطأ كما ينبغي عليه بأن كل تعد على ناقص الأعضاء أو العقل يعتبر مثل التعدي على سليم الأعضاء وصحيح العقل .

وينبغي على ذلك أيضاً حرمة التعدي على من كان مريضاً معدوماً لغيره كمرضى نفس الناعة أو من فقدت المنفعة منه كالمدمن ومن في حكمه وما ذاك إلا لحرمة التعدي على النفس وما فيه من مخالفة لأمر الله بالمحافظة عليها ولكن ذلك لا يمنع من المخاطرة الحبيطة وتحسين الجراحة من المخاطر كزحل من يخشى التشاؤم مرضه على أسره أو على مجتمعه ونحو ذلك مما تقتضيه المصلحة وحق وفي الأمر في الحفاظ عليها .

(١) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي للفرالي .

(٢) انظر الفقه والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٤ وقد توسع الأحناف في هذه القاعدة فقالوا ولا يشترط أن يكون المقتول مثل القاتل في كمال القدرات وهو سلامة الأعضاء ولا أن يكون مثله في الشرف والفضيلة فيقتل سليم الأطراف بقطع الأطراف والأشلى ويقتل العاقل بالجهل والشريف بالوهم والعاقل بالجنون والبالغ بالصبي ولقد ذكر الأئمة والخم والعبد والمسلم بالذمي الذي يؤدي الجزية ويجري عليه أحكام الإسلام وهذا على خلاف ما يراه بعض الفقهاء من وجوب التساوي في الدين والحرية . انظر بدائع الصنائع المرجع السابق ج ٧ ص ٢٢١ .

(٣) انظر الأمل للإمام الشافعي ج ٦ ص ٦٩ .

خلاصة البحث وخاتمته :

ربما كان من المفروض في هذا البحث أن يتركز لكن الجوانب في مسئولية الأطباء بتفاصيلها، ودواخلها، وما يتعلق بها من دفاع الطبيب، والظروف والمداخلات التي يمر بها، وما ينبغي أن ينتهي له من استقرار نفسي يبعد عنه خوف الدعاوى وإجراءاتها، ولكن التطرق إلى هذا يحتاج إلى تفصيل أكثر ربما لا يتسع له المقام.

وقبل إيجاز ما سبق تنبغي الإشارة إلى أن القوانين المعاصرة الخاصة بمسئولية الطبيب لا تختلف عن قواعد الشريعة كثيراً^(١) فهي مثل الشريعة تولى الطبيب وسيلة للعلاج، وأن الطبيب ملزم بمراعاة قواعد الطب في مهنته، وأن يكون علاجه بحسن نية. كما تؤكد هذه القوانين على ضرورة إذن المريض أو وليه كما هو الحال في الشريعة ويختلف الأمر في نطاق العلويات فالشريعة ترى القصاص في الأفعال العمد سواء كان المفاصل طبيياً أو غير طبيب بينما القوانين الوضعية ما زالت تتردد في قضايا القصاص، وإن كانت تتطلع إليه.

قلت : وتتلخص مسئولية الأطباء في القواعد التالية :

أولاً : إن مسئولية الطبيب فرع من المسئولية العامة عن النفس، وما اقتضت الحكمة الإيهية من المحافظة عليها، وفي أطوار هذه المحافظة شرع التداعي لرفع الالم عنها ويؤمن رسول الله ﷺ أهمية الرفق بها في كل شأن من شؤون الحياة سواء كان هذا الشأن مادياً أو روحياً.

ثانياً : إن الطبيب ليس مجرد علاقة لتبادل المصالح بين طرفين كما هو الحال في كثير من علاقات الإنسان مع بعضه، بل هو في مفهوم الشرائع السأوية والنظم الإنسانية علاقة وأمانة يلتزم بها الطبيب في داخله ويحصر عن احترامها بـ «السمه» وفق الطريقة أو الملة التي يؤمن بها.

ثالثاً : لقد نظرت الشريعة إلى الطبيب على أنه مسئولية جسيمة فأوجبت على الطبيب معرفة الطب قبل ممارسته وفي حال الخطأ جعلت عقاب الجاهل بالطب أشد من عقاب العارف به وأشار الفقهاء - كما مر ذكره - إلى عدد من أخطاء الأطباء

(١) ويرى الأستاذ عبدالقادر حوده - رحمه الله - أن القوانين الوضعية تعتبر الطبيب حقاً يربطها الشريعة وأجبا ولا شك أن نظرية الشريعة أفضل لأنها تلزم الطبيب بأن يقدم مراهبه في خدمة الجاهل كما أنها أكثر انسجاماً مع سياسة الاجتهاد القائمة على التعاون والتكاتف وتحفيز القوى خدمة للجأمة وانظر في هذا فشرع المجتبي الإسلامي، ج ١ ص ٥٩٤.

• مسئلة الأطباء •

كما تجاوز في حاله الجراحة إلى عضو سليم، أو سريان الألم إلى عضو صحيح بسبب عدم دقة الطبيب وقلة نبصره.

رابعاً : ينقسم خطأ الطبيب إلى ثلاثة أنواع : الأول خطأ عادي ، وهو كل تصرف يقوم به الطبيب تجاه المريض بغير قصد العلاج كالقتل العمد بالأدوية . النوع الثاني - خطأ طبي وهذا ينقسم إلى خطأ ابتدائي ، وخطأ مهني ومن الخطأ الابتدائي عدم اهتمام الطبيب بموافقة المريض أو وليه ، أو كون هذه الموافقة مشوبة بيب من عيوب الرضى . ومن الخطأ المهني سوء التشخيص مما يؤدي إلى سوء العلاج ، ونشوء امراض أخرى بسبب الأدوية . ومنها انقراض الطبيب بالتشخيص ، وعدم استشارته لمن هو أقدر منه أو لمن هو في درجته خاصة في الأمراض المعقدة مما قد ينتج عنه من تعدد العمليات الجراحية وحدوث مضاعفات مرفوعة لأخرى والنوع الثالث - من أخطاء الطبيب خطأ منكمي بعدم اهتمامه بالمريض ، أو معاملته بالصف أو أي نوع من أنواع السلوك المخالف للقواعد والأداب الطبية .

خامساً : إن الشريعة الإسلامية في قواعدها ومقاصدها قائمة على التوازن في حفظ الحقوق والمصالح فللتمتع بحقوقه بحمل عبء ، والمخطيء يجزى بسبب إهماله ، فلذا تعدد الطبيب قتل المريض تحت سائر العلاج أصبح فعلة قتل عمد ولا خلاف بين الفقهاء حول القصاص منه . وإذا أخطأ في علاجه أو في وصف الدواء ضمن ما ينتج عن فعله من ضرر وفقاً للمعايير الشرعية .

سادساً : يشترط لانتفاء مسئلة الطبيب عن خطئه أن يكون ماهراً في علمه وللمهارة أوصاف وشروط متعددة لا تتوقف إلا في من أوتي من علم الطب الشيء الكثير ، وتحقق له من التدريب والخبرة القدر الوافر بحيث يكون أساس علاجه كما قال الإمام ابن القيم .

حفظ المصلحة الموجودة - رد الصدمة المفقودة بحسب الإمكان - إزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان - احتياط أدنى المفسدين لإزالة أعظمها - تفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمها .

كما يشترط لاتقاء مسئلة الطبيب ألا تتعدى يده إلى عضو صحيح فيتلفه وهو ما يعبر عنه الفقهاء بـ «هدم تجاوز الموضوع» . وأن يكون علاجه للمريض بإذنه أو إذن وليه أو وصيه ، وأن يكون هذا الإذن صريحاً ودون قسر أو إكراه ، وأن يكون الخطأ الذي حدث من الطبيب غير «فاحش» .

سابقاً : من قواعد الفقه عدم وجود حالة وسط حياة الإنسان أو موته وإنما هنالك مرتبة أو حياة ، فالمن المقعد عن الحركة والمريض المشوش من شغلته يتمتعان بحق الحياة مثل الأصحاء فإذا تعدد الطبيب قتل مسن أو ميتوس من شغلته تحت أي دافع فهو قاتل عمد ومن اعتطأ في علاجه فكأنما اعتطأ على صحيح وهكذا.

وفي الختام ينبغي الإشارة إلى أن فكرة المسؤولية سواء في الشريعة الإسلامية أو في القوانين الوضعيّة المعاصرة مبنية على حماية العلائق الإنسانيّة من الضرر، وفي نطاق هذه العلائق ربما يحدث خلل ما. ومن الطبيعي في هذه الحال أن ينصب الاهتمام على الجانب الضعيف في «معادلة العلاقة» لإصلاح ما حدث فيها من خلل. ومن هنا قرّبت مسؤولية القاضي إذا أخطأ في حكمه، وذلك حماية للمضروور من الخطأ، وترتبت مسؤولية الوالي، والحاكم، والصانعي، والمحامي، والمهاري، ومن في حكمهم وذلك حماية للطرف المضروور وترتبت كذلك مسؤولية عامة خارج نطاق العلاقة متى كانت النتيجة إحداه ضرر للنفس ولهذا أهدر حق الملكية عندما يكون في حفظه هلاك النفس فمن اضطر إلى طعام أو شراب لغيره مع غناه عنه فله أخذه منه قهراً وإذا منعه عنه فهات الطالب قسمته المطلوب منه^(١) وترتبت كذلك مسؤولية الطبيب حماية للمريض من ضرر قد يصيبه من جراحة خاطئة أو علاج ضار أو تعد يخالف قواعد الطب وعلومه. ومع أن الإنسان يتأذى من الضرر إما كانت طبيعته إلا أن ضرر المريض من خطأ الطبيب أخطر من أي ضرر آخر لما للنفس من مكانة عالية فإذا كان الإنسان قد يستهل الضرر في ماله عندما يصدر ضده حكم خاطئ، فإنه بالتأكيد لا يستسهل الضرر الذي يصيبه في نفسه. ومن هنا جاء اهتمامه بمسؤولية الطبيب وكان اهتمام النظم الوضعيّة بهذه المسؤولية استجابة لهذا الاهتمام.

والافتراض الطبيعى والمنطقي أن الطبيب حين يتعلم الطب فليلاً يقصد علاج الأمراض وإزالة مخاطرها العارضة فإن تعدى عمداً على النفس فهذا التعدي يعتبر استثناء ومع ذلك تظل مسؤوليته قائمة وتعاقبه مفترضا وهذا في مفهومه المنطقي لا يعني بأي حال تخفيف الطبيب أو التأثير على مهته - كما قد يُظن - أو عدم احترامها بل إن ذلك حماية للنفس وتكريم لها وتكريم للطبيب.

﴿وآخر دعوانهم أن الحمد لله رب العالمين﴾^(٢).

(١) المغني والشرح الكبير ج ٩ ص ٥٨٠ ولعلمي لأن القوانين الوضعيّة لم تفصل بعد إلى هذا الحد من حق النفس والمضطر منها أدخل حاجة المضطر إلى طعام غيره في إطار الاعتلاق المجردة.

(٢) سورة يونس الآية ١٠.

مصادر البحث

أولاً - الفهرس:

- ١ - نصير القرآن العظيم لأبي الفداء إسماعيل بن كثير
- ٢ - مجمع لأحكام القرآن لأحمد بن أحمد الأنصاري القزويني

مطبعة دار الفلم
سبروت
مكتبة الرياض الحديثة
الطبعة الثانية

ثانياً - الحديث:

- ٣ - الجامع الصغير في الحديث الشريف للشمس المظفر
- ٤ - صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل
- ٥ - صحيح مسلم للإمام أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري
- ٦ - فتح الباري في صحيح البخاري لأحمد بن حجر العسقلاني
- ٧ - مسند الإمام أحمد للإمام أحمد بن محمد بن حنبل
- ٨ - سنن ابن ماجه لأبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه
- ٩ - سنن القسطلي لأبي عيسى محمد بن عيسى بن مسويه
- ١٠ - سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي
- ١١ - بذل الجهود في حل أبي داود لخليل أحمد السهول لغزوي
- ١٢ - سنن النسائي للإمام الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب

ثالثاً - الفقه:

- ١٣ - المعني والشرح الكبير لشعبي الدين أبو القاسم عبد الرحمن بن محمد ابن أحمد الحنبلي بن همام القفطي
- ١٤ - الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل لأبي محمد بن شعيب القفطي تحقيق زهير الشاويش
- ١٥ - البدة شرح العمدة في فقه الإمام أحمد بن حنبل لعبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي

دار الكتب العلمية - بيروت
الطبعة الأولى - ١٣٤٦ هـ
المكتبة الإسلامية
الطبعة الخامسة - ١٤٠٨ هـ
مكتبة الرياض الحديثة

- ١٦ - السياسة الشرعية في إصلاح الراعي وإلوعية
لشيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية
١٧ - زهد للعلاء في حدير العباد للإمام الحافظ أبي عبد الله بن القيم الجوزية
١٨ - إعلام المؤمنون من رب العالمين لأبي القيم
١٩ - الطب النبوي لأبي القيم
٢٠ - شرح منتهى الأدب
للشيخ منصور بن يونس بن اندلس البهوتي
٢١ - كتاب الفتاوى من متن الألفاظ
للشيخ / منصور بن يونس بن اندلس البهوتي
٢٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني الحنفي
٢٣ - شرح فتح القدير للكمال لدين محمد عبد الواحد المعروف بابن المهام الحنفي
٢٤ - مجمع الفوائد في ملخص الإمام أبي حنيفة
لأبي محمد بن غانم البغدادي
٢٥ - حاشية الطحطاوي على الدر المختار لأحمد الطحطاوي الحنفي
٢٦ - حاشية ود المختار لأبي حامدين علي الدر المختار
شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة
٢٧ - الهداية شرح بداية المبتدي لأبي الحسن الرشداني المغربي
٢٨ - الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة
لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم
٢٩ - الثايات في شرح الكتاب لعبد الله الفخيم الدمشقي الحنفي
٣٠ - الإمام زهر وأقرانه الفقهية لندكتن: عطية الجبوري
٣١ - معين المحكمات
٣٢ - مولعب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بابن الخطيب
٣٣ - الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي
٣٤ - نهاية المحتاج إلى شرح النجاشي لمحمد بن أبي العباس الرملي
٣٥ - غنابة الاختيار في حل حاية الاختصار لأبي بكر بن محمد الحسبي الحنفي الدمشقي الشافعي
٣٦ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية لعلي بن محمد ابن حبيب البصري المنأودي
٣٧ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السبوعي
- تحقيق لجنة إحياء التراث العربي
دار الأفاق للطباعة - بيروت
الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ
دار الفكر للطباعة - بيروت
الطبعة المصرية بيروت ١٤٠٧ هـ
إهداء المكتب العالي للبحوث
دار مكتبة الحياة - طبعة ١٤٠٨ هـ
دار الفكر
عالم الكتب - بيروت
١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م
دار النشر - بيروت - الطبعة
الطبعة ١٤٠٢ هـ
الطبعة الكبرى الأخيرة
الطبعة الأولى - ١٣٩٥ هـ
الطبعة الجديدة مصر
الطبعة الأولى - ١٣٨٨ هـ
دار المعرفة للطباعة والنشر -
١٣٩٥ هـ
دار الفكر - الطبعة الثانية -
١٣٨٤ هـ
مكتبة الإسلامية
دار الكتب العلمية - ١٤٠٠ هـ
مكتبة المطبعة - ١٤٠٠ هـ
دار اندلس الجديدة
الطبعة الثانية - ١٤٠٦ هـ
لعلاء لدين الطرابلسي
الطبعة الثانية
دار المعرفة - بيروت
مطبعة مصطفى البابي الحلبي -
١٣٨٩ هـ
دار الفكر
دار الفكر - مصر
الطبعة الأولى - ١٤٠٤ هـ
دار الكتب العلمية
الطبعة الأولى - ١٤٠٣ هـ

- ٢٨ - الأنبياء والنظام في الفروع للسيوطي
٢٩ - الوجيز في سيرة الإمام الشافعي
لاي حادق شترالي
٤٠ - بداية المجتهد وبداية المقتصد
للإمام محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي
- ٤١ - منبع الجنابيل على مختصر العلامة خليل
نزيح / محمد خليل
- ٤٢ - الحل للإمام أبي محمد بن محمد بن حزم
- ٤٣ - الفتاوى الكبرى للشيخ
لاي حادق شترالي
- ٤٤ - السبل المجرى المتدفق على حقائق الأزهار
محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني الصنعالي الشوكاني
- ٤٥ - الروضة البديعة شرح النور البهية
لأبي الطيب صديق بن حسن بن علي القنوجي البخاري
- ٤٦ - التشرع الجليلي الإسلامي مقارنا بالفوائد الموضحة
لعبد القادر صمد
- ٤٧ - الفتاوى الإسلامية من دار الإنماء المصرية
- ٤٨ - المستوفى المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية ولي الفاضل السوري
والعصري والفرنسي
لعبد السلام التونجي
- ٤٩ - السيرة النبوية لأبي هاشم
- ٥٠ - التمهيد المختار
لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الغوري
- دار الفكر
دار المعرفة
١٣٩٩ هـ
دار الكتب العلمية - بيروت
الطبعة العاشرة ١٤٠٨ هـ -
١٩٨٨ م
دار الفكر - بيروت
الطبعة الأولى - ١٤٠٤ هـ -
١٩٨٤ م
تأليف لجنة أحياء التراث العرب
ونشر دار الأفاق الجديدة
دار الكتب العلمية - بيروت
- دار الكتب العلمية - بيروت
الطبعة الأولى
١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م
دار الشؤون الجديدة
بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ
مؤسسة الرسالة - بيروت
الطبعة الخامسة
القاهرة - ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م
نشر الطبع السورية في حلب
الطبعة الأولى ١٩٦٧ م
- مكتبة المنار
الأردن - الزرقاء
الطبعة الأولى - ١٤٠٩ هـ -
١٩٨٨ م
المكتبة العلمية - بيروت

فتاوى المجامع الفقهية

١ - مجمع الفقه الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي

القرار رقم ٧٠

الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه ومعلم تسليماً كثيراً. أما بعد.

فقد عرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود ذات التنفيذ التراخي في مختلف الموضوعات من تبدل مفاجي في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتها فيما يعطيه العقد كلا منهما من حقوق وما يحمله لياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعامل بالظروف الطارئة.

وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لما من واقع أحوال التعامل واشكاله توجب للتفكير في حل فقهي مناسب عادل يقضي على للمشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرة. فمن صبر هذه المشكلة الأمثلة التالية:

١ - لو أن عقد مقالة على إنشاء بنائية كبيرة يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة تم بين طرفين، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسونه بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وسواها وأجور عمال تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين ديناراً فوقعت حرب غير متوقعة أو حدثت آخر خلال التنفيذ قطعت الاتصالات والاستيراد وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً.

٢ - لو أن معهداً في عقد توريد أرزاق عينية يسوياً من لحم وجبن ولبن وبيض وخضروات وقواكه ونحوها إلى مستشفى أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لدى علم. فحدثت جائحة في البلاد أو طوفان أو فيضان أو زلزال، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية،

فارتفعت الأسعار إلى أضغاف كثيرة مما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال .

لما الحكم الشرعي الذي يوجب فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر الذي تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالمعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة أو للسكنى، والمستشفيات للعظيمة أو الجاهليات، وكذا المقاولات التي تعقد مع مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد .

فهل يبقى المتعاقد ملتزم على حدود عقده وأسماؤه قبل تبدل الظروف وطوره التغييرات الكبيرة المشار إليها مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة أو ساحقة، أم لا يقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة بعيد كفتي الميزان إلى التعادل، وتحقيق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟

وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع من فقه المذاهب واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة بما يستأنس به ويمكن أن يوصى بالحكم القضائي والاجتهاد الواجب فهماً في هذا الشأن كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد مايلي :

١ - إن الاجارة يجوز للمستأجر فسحها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة كالحرب والطوفان ونحو ذلك، بل الختية يسوغون فسح الاجارة أيضاً بالأعداء الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسحها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضاً بطريق الأولوية فيمكن القول أنه محل اتفاق وذكر ابن رشد في بداية المجتهد (ج ٢ ص ١٩٢) من طبعة المحتاجي الأولى بالطبعة الجليلية بمصر) تحت عنوان : (أحكام الطوارئ) أنه : (عند مالك أن أرض المطر أي البعيلة التي تشرب من ماء السماء فقطم إذا كريت فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكترى فلم ينبت الزرع لمكان القحط (أي بسببه) أن الكراء يفسخ، وكذلك إذا استعمرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من زرعها) انتهى كلام ابن رشد .

٢ - وذكر ابن قدامة المقدسي في كتاب الاجارة من المتقى (المطبوع مع الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠) أنه : (إذا حدث خرف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العون المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع أو نحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لآله أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء

المففعة . فاما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده فرب أعدائه . . . لم يملك الفسخ، لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المففعة بالكلية فاشبه مرضه .

٣ - وقد نص الامام النووي رحمه الله في روضة الطالبين (٥ ج ص/ ٢٣٩، انه لا تنفسخ الاجارة بالأعذار سواء أكانت إيجارة عين أو ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حافواً لطرفة فقدم، أو هلكت آلات تلك الحرفة أو استأجر حماماً فتمتدد الوقت. قال النووي وكذا لو كان العذر للعجز بمان مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وكان أهله مسافرين فعدلوا واحتاج إلى الدار أو تأهل قال: فلا فسخ في شيء من ذلك، إذ لا خلل في المفوض عليه . آ هـ .

٤ - ما يذكره العلماء رحمهم الله في الجوائح التي تحتاج الثمار المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك مما هو عام حيث يقررون سقوط ما يقابل المالك بالجوائح من الثمن وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه .

٥ - ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في مختصر الفتاوى ص/ ٣٧٦ أن من استأجر ما تكون منفعة اجارته عامة الناس، مثل الحمام والقندق والقبسارية، فنقصت المفعة المعروفة لقلة الزبون أو لخوف أو حرب أو نحو سلطان ونحوه فأنه يحط عن المستأجر من الإجر بقدر ما نقص من المفعة .

٦ - وقال ابن قدامة أيضاً في الصفحة (٢٩) من الجزء السابق الذكر نفسه (ولو استأجر دابة ليركها أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه لخوف حداث أو أكثرى إلى مكة فلم يهيج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منها فسخ الاجارة وإن أحب ابقاها إلى حين أمكان استيفاء المفعة جاز) .

وقال الكاساني من فقهاء الحنفية في الاجارة من كتاب بدائع الصنائع (ج ٤ ص/ ١٩٧) (إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وإن انكسر الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقد والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره، واستأجر رجلاً لقلعها، فسكن الوجه يجر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً) .

هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب في حكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيه ما ذكروا في الاجارة .

٧ - قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تحتاج الثمار ببرد أو صقيع، أو جراد، أو دودة، ونحو ذلك

من الأكلات، إنها تسقط من ثمن الثمار التي يبعث على أشجارها ما يعادل قيمة ما اتلفتته الجائحة وإن عمت الثمر كله تسقط الثمن كله.

٨- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما بعت عنه (لا ضرر ولا ضرار) وقد انفرد فقهاء المذاهب من قوله هذا قاعدة فقهية اعتبروها من دهائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرعوا عليها أحكاماً لا تحصى في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب.

وعلا لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقاً لنظامه الشرعي يكون ملزماً لعاقديه فضلاً عما يقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١/١).

ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة وقد وجد المجمع في مقاييس التكاليف الشرعية، ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا يفك عنها التكليف علة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف، ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا جاززت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه، استقطت أو خففت، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة ومشقته في الصيام ومشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرحقة عندئذ بالسبب الطلوي، الاستثنائي توجب تدبيراً استثنائياً يذفع الحد المرحق منها، وقد نص على ذلك وأسهب في بيانه، وأتى عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإمام أبو اسحاق الشاطبي رحمه الله في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة).

فيتضح من ذلك أن الحسنة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثر لها في العقود لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تتفك عنها، ولكنها إذا تجاوزت المعتاد المألوف كثيراً يمثل تلك الأسباب الطارئة الأتفة الذكر فوجب عندئذ تدبيراً استثنائياً.

ويقول ابن القيم رحمه الله في كتابه (إعلام الموقعين):

﴿إن الله أرسل رسلاً وأمر بالعدل الذي قامت به السموات والأرض وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها فليس من شرع الله في شيء وحياً ظهرت دلائل العدل وسفر وجهه فتم شرع الله وأمره﴾ (أعلام الموقعين) وقصر العقائدين إنما تكشف عنه ومحمده ظروفاً العقد، وهذا القصر لا يمكن تجاهله والأخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المروضة آنفاً في العقود المتراضية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور (غاً هو من اختصاص القضاء ففي

ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية يقرر الفقه الإسلامي مايلي:

١ - في العقود المتراخية التنفيذ (كمعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً يصاب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العسفي ملحقاً بالملتزم محسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبند على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العسفية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيها لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه؛ وذلك مع تعريض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يحبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأى أهل الخبرة الثقات.

٢ - ويحق للقاضي أيضاً أن يجعل^(١) الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قاتل للروال في وقت قصير، ولا يقتصر الملتزم له كثيراً بهذا الإهمال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستند من أصول الشريعة تخفيفاً للعادل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرقق لأحد العاقدين بسبب لا يبدله فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها، والله ولي التوفيق.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه.

[توقيع]
رئيس مجلس المجمع الفقهي
عبدالله بن محمد

[توقيع]
نائب الرئيس
محمد علي الحركان

الأعضاء

[توقيع]
صلاح بن عيسى

[توقيع]
محمد محمود الصراف

[توقيع]
عبدالمعز بن عبدالله بن باز

(١) حكماً ورد في الأصل ولعل المقصود هو (جعل).

[توقيع]
محمد الشاذلي التينر

[تخلف عن الحضور]
ميروك المصواوي

[توقيع]
محمد بن هيثام بن السيل

[توقيع]
محمد وشودي

[توقيع]
هيذا اللدوس الماشعي

[توقيع]
مصطفى أحمد الزركاء

[تخلف عن الحضور]
حسين محمد مخلوف

[توقيع]
أيوب بكر محمود جريس

[تخلف عن الحضور]
أبو الحسن علي الحسيني القدوي

[توقيع]
محمد سالم حدود

[تخلف عن الحضور]
محمود شيت خطاب

[توقيع]
محمد وشودي

[مقرر المجمع الفقهي الإسلامي]
محمد عبدالرسيم الخاليد

قرار رقم (٣)

موضوع الاجتهاد

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد صل الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه وسلم . . أما بعد :

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة ما بين ٢٧ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ و ٨ جمادى الأولى ١٤٠٥ هـ الموافق ١٨ - ٢٩ يناير ١٩٨٥ م قد نظرت موضوع الاجتهاد وهو بهذا الجهد في طلب العلم بشيء من الأحكام الشرعية بطريق الامتناب من أدلة الشريعة .

فالمبني على الأساس لاجتهاد يتطلب تمام المعرفة باستجتماع الشروط فلا مجال للاجتهاد إلا بها تحصيلاً لهذا الغرض الكفائي كما قال تعالى : ﴿ فقلوا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ﴾ (سورة التوبة الآية ١١٢) .

فقد أفادت الآية أن الضغّة في الدين يتطلب التفرغ له فلا بد في الاجتهاد من أخذ الخطة الكاملة للوصول إلى الفهم الفقهي الصحيح .

وأوضح السيوطي (يضاحاً كلياً فرضية الاجتهاد، وأنه لم ينقطع وذلك في كتابه (الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض) فبانه لم يغلق ولا يملك أحد إغلاقه ولا سيما أن علماء الأصول حين بحثوا مسألة جواز خلو الزمن عن مجتهد أو عدم خلوه اتفقوا على أن باب الاجتهاد مفتوح أمام من تتوافر فيه شروطه، وإنما تنصرت لهم عن تحصيل درجة الاجتهاد وهي التضلع في علوم القرآن والسنة المطهرة وأصول الفقه وأحوال الزمن ومقاصد الشريعة وقواعد الترجيح عند تعارض الأدلة مع عدالة المجتهد وتقواه والثقة يدينه .

وينقسم الاجتهاد إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : المجتهد المطلق كالأئمة المقتدى بهم .

القسم الثاني : المجتهد في المذهب وله أربع أحوال ذكرها الأصوليون .

القسم الثالث : مجتهد الترجيح .

القسم الرابع : المجتهد في فن أو في مسألة أو مسائل وهو جائز بناء على أن الاجتهاد يتجزأ وهو المختار.

لذلك كله قرر المجلس بالاجماع :

١ - إن حاجة العصر إلى الاجتهاد حاجة أكيدة لما معرض من قضايا لم تعرض لمن تقدم عصرنا وكذلك ما سيحدث من قضايا جديدة في المستقبل ، فقد أقر النبي ﷺ معاذ بن جبل على الاجتهاد حين لا يجد نصاً من كتاب الله تعالى ولا سنة رسول ﷺ وذلك حين قاله معاذ (اجتهد وأبى ولا آلى) وحينئذ تحفظ للإسلام جدته وصلاحيته للعصر كلها إذ تحل المشكلات في المعاملات ونظم الاستشارات الحديثة وسواها من المشكلات الاجتماعية.

وحينما لو اقيم مركز يجمع ما يصدر عن المجامع والمؤتمرات والندوات لينتفع بذلك ويزوده به كلمات الشريعة والدواست العليا الإسلامية وبذلك يشع الإسلام وفي ذلك ضمان طيبة مستقيمة صالحة .

٢ - أن يكون الاجتهاد جماعياً يصدره عن مجمع فقهي يمثل فيه علماء العالم الإسلامي وإن الاجتهاد الجماعي هو ما كان عليه الأمر في عصور الخلفاء الراشدين كما أفاده الشاطبي في الموافقات من أن عمر بن الخطاب وعامة خيار الصحابة قد كانت ترد عليهم المسائل وهم خير قرن وكانوا يجمعون أهل الحل والعقد من الصحابة ويناجون ثم يفتون.

ومار التابعون على غرار ذلك وكان المرجع في الفتاوى إلى الفقهاء السبعة كما أفاده الحافظ ابن حجر في التهذيب ، ذكر أنهم إذا جاءهم المسألة دخلوا فيها جميعاً ولا يقضي القاضي حتى يرفع إليهم ، وينظروا فيها .

٣ - توافر شروط الاجتهاد المطلوبة في المجتهدين لأنه لا يتأتى اجتهاد بدون وسائله حتى لا تعثر الأفكار وتحد عن أمر الله تعالى إذ لا يمكن فهم مقاصد الشرع في الكتاب الكريم وسنة الرسول عليه الصلاة والسلام إلا بها .

٤ - الاسترشاد بما للسلف حتى يقع الاجتهاد على الوجه الصحيح فلا يسلك إليه حديثاً إلا بعد معرفة ما سبق للسلف في كل شأن والاستماتة بما قدمه الأئمة المتشدد بهم والا اختلطت السبل فإن في كتب الفقه الإسلامي المستنبط من الكتاب والسنة أكبر عون على ما معرض من المشكلات إلخافاً لها بنظائرها .

د - أن تراعى قاعدة أنه (لا اجتهاد في مورد النص) وذلك حيث يكون النص قطعي الثبوت والدلالة والا انهدمت أسس الشريعة .

وصل الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً والحمد لله رب العالمين .

[توقيع] رئيس مجلس المجمع الفقهي عبدالمعز بن عبد الله بن باز لكي أرى أن الاجتهاد الحاسمي ليس بشرط بل يجوز للمالك بجتهاد في مسائل الخلاف فيرجع معلم الأفضل للدليل .	[توقيع] نائب الرئيس د . هبة الله عمر نصيف الأعضاء [توقيع] هبة الله العيد الرحمن البسام	[توقيع] محمد بن جبير
[توقيع] محمد شعوب الصواف	[توقيع] مصطفى أحمد الزواقه	[توقيع] محمد بن عبد الله بن سيل ليس من شرط الاجتهاد أن يكون جامعاً
[توقيع] محمد الشاذلي النير	[توقيع] محمد رشيد رضا قباني	[توقيع] صالح بن حسين
[توقيع] محمد الحبيبي بن الحوجة	[توقيع] د . أحمد قهي أبو سنة	[توقيع] أبو بكر هسومي
توقيع محمد بن سالم بن عبد الوود	توقيع ميروك بن مسعود الموادي	د / بكر أبو زيد
[توقيع] د . طلال عمر بلقبي مقرر مجلس المجمع الفقهي		

وقد تخلف عن الحضور في هذه الدورة كل من فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي ومعالى الدكتور محمد رشيدى وفضيلة الشيخ عبد القدوس الحاشمي ومعالى اللواء البركن محمود شيت خطاب وقزيلة الشيخ حسن محمد مخلوف وفضيلة الشيخ أبو الحسن علي الحسني النابوي .

قرار رقم (١١) صرف ريع الوقف

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد:

لإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم السبت ٢٤ صفر ١٤٠٨ هـ الموافق ١٧ أكتوبر ١٩٨٧ م إلى الأربعاء ٢٨ صفر ١٤٠٨ هـ الموافق ٢١ أكتوبر ١٩٨٧ م قد اطلع على السؤال الوارد من المكرم إبي بكر محيي الدين رئيس جمعية الدعوة الإسلامية في سنغافورة حول صرف ريع الوقف في المصالح العامة.

وبعد تداول الرأي فيه قرر المجلس مايلي:

أن لم يكن الوقف مشروطاً بريعه لجهة معينة فلا مانع حينئذ من صرف الريع على المصالح العامة. أما إن كان مشروطاً لجهة معينة، فإن المجمع يقرر عدم جواز صرفه في المصالح العامة. والله ولي التوفيق.

وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً والحمد لله رب العالمين.

[توقيع] (رئيس مجلس المجمع) عبدالمعز بن عبد الله بن باز	[توقيع] (نائب الرئيس) د. عبد الله عمر نصيف	
[توقيع] عبد الله العبد الرحمن الباق	[توقيع] د. بكر عبد الله أبو زيد	[توقيع] محمد بن جبر
[توقيع] مصطفى أحمد الزرقاء	[توقيع] عبد بن عبد الله بن سبيل	[توقيع] صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان
[توقيع] عبد رشيد رافع قبالي	[توقيع] أبو الحسن علي الحسني الندوي	[توقيع] محمد عمارة الحصارف

[توقيع] د. أحمد فهمي أبو رمة	[توقيع] أبو بكر جوي	[توقيع] عبد الشافي المنير
[توقيع] د. طلال عمر بالقبة (مقرر مجلس المجتمع العلمي الإسلامي)	[توقيع] عبد سالم بن عبد الوهيد	[توقيع] عبد الحبيب بن الحويج

وقد تختلف عن الخطوط في هذه الدورة كل من: فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي، وفضيلة الشيخ صالح بن عثيمين، وفضيلة الشيخ عبدالقادر العثيمين، ومعاالي اللواتي الركن محمود شيت عطاب، وفضيلة الشيخ حسين عبد مخلوف، وفضيلة الشيخ مبروك مسعود العواوي.

.. ايضاح ..

نشرت المجلة في عددها لشهر محرم - صفر - ربيع الأول، قرار مجمع الفقه الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة حول:

- ١ - إهام الشيك مقام القبض في صرف النقود بالتحويل في المصارف.
- ٢ - الإكتماء بالقبض في دفاتر المصارف عن القبض أن يريد استبدال عملة بعملية أخرى مودعة في المصرف.

وقد نشرت مجلة الدعوة في عددها بتاريخ ١٤١٠/٦/١٤ - تنبيهاً للشيخ صالح الفوزان ذكر فيه أن القرار صدر بالأغلبية لا بالإجماع وأنه لم يوافق على ذلك القرار ... الخ وقد ذكر في المجلة أن توضع بأن كلمة (الإجماع) وردت في قرار المجمع الذي نشرته وذلك على النحو التالي (وبعد البحث والدراصة قرر المجلس بالإجماع ما يلي ...) وقد وقع على القرار عدد من الأعضاء بما فهم الشيخ الفوزان إلا أنه كتب تحت اسمه العبارة التالية (متوافق في السائلين) وقد فأت على التحرير ذكر الاسم رغم أنه ذكرها في قرار آخر إلا أنه تعيد بكل عبارة من عبارات القرار بما فيها كلمة (الإجماع).

٢ - مجمع الفقه الإسلامي في منظمة المؤتمر الإسلامي*

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه .

قرار رقم (٤) د ٨٦/٠٧/٣

بشأن أطفال الأنابيب

أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ٨ إلى ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ / ١١ إلى ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م .

بعد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب وذلك بالإطلاع على البحوث المقدمة والاستماع لشرح الخبراء والأطباء .

وبعد التداول :

تبين للمجلس :

أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبع :

الأولى : أن يجري تلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وببيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقحة في رحم زوجته .

الثانية : أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وببيضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقحة في رحم الزوجة .

الثالثة : أن يجري تلقيح خارجي بين بذري زوجين ثم تزرع اللقحة في رحم امرأة متطوعة بحملها .

الرابعة : أن يجري تلقيح خارجي بين بذري رجل أجنبي وببيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقحة في رحم الزوجة .

الخامسة : أن يجري تلقيح خارجي بين بذري زوجين ثم تزرع اللقحة في رحم الزوجة الأخرى .

السادسة : أن تؤخذ نطفة من زوج ومبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع الملقحة في رحم الزوجة .

السابعة : أن تؤخذ بادرة الزوج وتحفن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقياً داخلياً .

وقسرة :

أن الطرق الخمسة الأول كلها محرمة شرعاً وممنوعة منعاً باتاً لما فيها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وضرر ذلك من المبادئ الشرعية .

أما الطريقتان السادس والسابع فقد رأى المجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إليها عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة .

والله أعلم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم (٣) د ٨٦/٠٧/٣

بشأن: توظيف الزكاة في مشاريع ذات ريع بلا تمليك
فردى للمستحق

ان مجلس مجمع الفقه الإسلامى للتعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة
الأردنية الهاشمية من ٨ إلى ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ / ١١ إلى ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م.

بعد اطلاعه على البحوث المقدمة في موضوع «توظيف الزكاة في مشاريع ذات ريع
بلا تمليك فردى للمستحق» وبعد استماعه لأراء الأعضاء والخبراء فيه.

قرر:

يجوز من حيث المبدأ توظيف أموال الزكاة في مشاريع استثمارية تنتهي بتمليك
أصحاب الاستحقاق للزكاة، أو تكون تابعة للجهة الشرعية المسؤولة عن جمع الزكاة
وتوزيعها، على أن تكون بعد تلبية الحاجة الملحة الفورية للمستحقين وتوافر الضمانات
الكافية للبعد عن الخسائر.

والله أعلم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه .

قرار رقم (٦) د ع / ٠٨ / ٨٨

بشان بدل الخلو

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع يجده في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٢ جادى الآخرة ١٤٠٨ هـ، الموافق ٦ - ١٢ فبراير ١٩٨٨ م .

بعد اطلاعه على الأبحاث الفقهية الواردة إلى المجمع بخصوص (بدل الخلو) وبناء عليه .

قرر مايلي :

أولاً : تنقسم صور الاتفاق على بدل الخلو إلى أربع صور هي :

- ١ - أن يكون الاتفاق بين مالك العقار وبين المستأجر عند بدء العقد .
- ٢ - أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين المالك وذلك في أثناء مدة عقد الإجارة أو بعد انتهائها .
- ٣ - أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين مستأجر جديد، في أثناء مدة عقد الإجارة أو بعد انتهائها .
- ٤ - أن يكون الاتفاق بين المستأجر الجديد وبين كل من المالك والمستأجر الأول قبل انتهاء المدة، أو بعد انتهائها .

ثانياً : إذا اتفق المالك والمستأجر على أن يدفع المستأجر للمالك مبلغاً مقطوعاً زائداً عن الأجرة الدورية (وهو ما يسمى في بعض البلاد خلواً)، فلا مانع شرعاً من دفع هذا المبلغ المقطوع على أن يعد جزءاً من أجرة المدة المتفق عليها، وفي حالة الفسخ تطبق على هذا المبلغ أحكام الأجرة .

ثالثاً : إذا تم الاتفاق بين المالك وبين المستأجر أثناء مدة الإجارة على أن يدفع المالك إلى المستأجر مبلغاً مقابل تخليه عن حقه الثابت بالعقد في ملك متعة بقية المدة، فإن بدل خلو هذا جائز شرعاً، لأنه تعويض عن تنازل المستأجر برضاه عن حقه في المتعة التي باعها للمالك .

• فتاوى الجامع الفقهي •

أما إذا انقضت مدة الإجازة، ولم يتجدد العقد صراحة أو ضمناً عن طريق التجديد التلقائي حسب الصيغة المفيدة له، فلا يعمل بدل الحلوى، لأن المالك أُلحق بملكه بعد انقضاء حق المستأجر.

رابعاً: إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد أثناء مدة الإجازة على التنازل عن بقية مدة العقد لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية، فإن بدل الحلوى هذا يباين شراً، مع مراعاة مقتضى عقد الإجازة المبرم بين المالك والمستأجر الأول ومراعاة ما تقتضي به القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية.

على أنه في الإجازات الطويلة المدة خلافاً لنص عقد الإجازة طبقاً لما تسوغه بعض القوانين لا يجوز للمستأجر إيجار العين لمستأجر آخر. ولا أخذ بدل الحلوى فيها إلا بموافقة المالك.

أما إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد بعد انقضاء المدة فلا يعمل بدل الحلوى، لانقضاء حق المستأجر الأول في منفعة العين.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم (٣) د ٤ / ٠٨ / ٨٨

بشأن

زكاة الأسهم في الشركات

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ. الموافق ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨ م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع زكاة أسهم الشركات.

قرر مايلي:

أولاً: تجب زكاة الأسهم على أصحابها، وتخرجها إدارة الشركة نيابة عنهم إذا نص في نظامها الأساسي على ذلك، أو صدر به قرار من الجمعية العمومية، أو كان قانون الدولة ينظم الشركات بإخراج الزكاة، أو حصل تفويض من صاحب الأسهم لإخراج إدارة الشركة زكاة أسهمه.

ثانياً: تخرج إدارة الشركة زكاة الأسهم كما يخرج الشخص الطبيعي زكاة أمواله، يعني أن تعتبر جميع أسواق المساهمين بمثابة أموال شخص واحد وتفرض عليها الزكاة بهذا الاعتبار من حيث نوع المال الذي تجب فيه الزكاة، ومن حيث التصليب، ومن حيث المقدار الذي يؤخذ، وغير ذلك مما يراعى في زكاة الشخص الطبيعي، وذلك أخذاً بمبدأ الخلطة عند من عممه من الفقهاء في جميع الأموال.

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

ثالثاً: إذا لم تترك الشركة أموالها لأي سبب من الأسباب، فالواجب على المساهمين زكاة أسهمهم، فإذا استطاع المساهم أن يعرف من حسابات الشركة ما يخص أسهمه من

الزكاة لموزعت الشركة أموالها على التحول المشار إليه، زكى أسهمه على هذا الاعتبار،
لأنه الأصل في كيفية زكاة الأسهم .

وإن لم يستطع المساهم معرفة ذلك :

فإن كان ساهم في الشركة بقصد الاستفادة من ربح الأسهم السنوي، وليس بقصد
التجارة لأنه يزكيها زكاة المستغلات وتحشياً مع ما تقرر من مجمع الفقه الإسلامي في دورته
الثانية بالنسبة لزكاة العقارات والأراضي المأجورة غير الزراعية، فإن صاحب هذه
الأسهم لا زكاة عليه في أصل السهم، وإنما تجب الزكاة في الربح، وهي ربيع العشر بعد
دوران الحول من يوم قبض الربح مع اعتبار قوافر شروط الزكاة وانتفاء الموانع .
وإن كان المساهم قد اقتنى الأسهم بقصد التجارة، زكاها زكاة عروض التجارة،
فلذا جاء حول زكاته وهي في ملكه، زكى قيمتها السوقية وإذا لم يكن لها سوق، زكى
قيمتها بتقويم أهل الخبرة، فيخرج ربيع العشر ٥، ٢٪ من تلك القيمة ومن الربح إذا
كان للأسهم ربح .

وأبداً : إذا باع المساهم أسهمه في أثناء الحول ضم ثمنها إلى ماله وزكاه معه عندما يبيع
حول زكاته . أما المشتري فيزكي الأسهم التي اشتراها على النحو السابق .

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم (١) د ٤ / ٠٨ / ٨٨

بشأن

انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجملة في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخر ١٤٠٨ هـ، الموافق ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨ م، بعد إطلاعهم على الأبحاث الفقهية والعلمية الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع «انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً».

وفي ضوء المناقشات التي وجهت الأنظار إلى أن هذا الموضوع أمر واقع فرضه التقدم العلمي والطبي، وظهرت نتائجه الإيجابية للمثبة والمشوبة في كثير من الأحيان بالأضرار النفسية والاجتماعية الناجمة عن ممارسته دون الضوابط والقيود الشرعية التي تصان بها كرامة الإنسان، مع أعيال مقاصد الشريعة الإسلامية الكفيلة بتحقيق كل ما هو خير ومصلحة غالبية للفرد والجماعة، والنوعية إلى التعاون والتراحم والإيثار.

وبعد حصر هذا الموضوع في النقاط التي يتحرر فيها عمل البحث وتنضبط تفسيراته وصوره وحالاته التي يختلف الحكم تبعاً لها.

قرر مايلي:

من حيث التعريف والتقسيم:

أولاً: يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين. سواء أكان متصلاً به، أم انفصل عنه.

ثانياً: الانتفاع الذي هو عمل البحث، هو الاستفادة دعت إليها ضرورة المستفيد لاستيفائه أصل الحياة، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كالبصر ونحوه على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعاً.

ثالثاً : تنقسم صور الانتفاع هذه إلى الأقسام التالية :

- ١ - نقل العضو من حي
- ٢ - نقل العضو من ميت
- ٣ - النقل من الأجنة

الصورة الأولى : وهي نقل العضو من حي ، تشمل الحالات التالية :

- (أ) نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان آخر من الجسد نفسه ، كنقل الجلد والغضاريف والعظام والأوردة والدم ونحوها .
- (ب) نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر . وينقسم العضو في هذه الحالة إلى ما تتوقف عليه الحياة وما لا تتوقف عليه .

أما ما تتوقف عليه الحياة ، فقد يكون فردياً ، وقد يكون غير فردي ، فالأول كالقلب والكبد ، والثاني كالكلية والبروتين .

وأما ما لا تتوقف عليه الحياة ، فمنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم ومنه ما لا يقوم بها . ومنه ما يتجدد تلقائياً كالدم ، ومنه ما لا يتجدد ، ومنه ما له تأثير على الأنساب والموروثات ، والشخصية العامة ، كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي ، ومنه ما لا تأثير له على شيء من ذلك .

الصورة الثانية : وهي نقل العضو من ميت :

ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين :

الحالة الأولى : موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه طبياً .

الحالة الثانية : توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً لا رجعة فيه طبياً . فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة .

الصورة الثالثة : وهي النقل من الأجنة ، وتتم الاستفادة منها في ثلاث حالات :

- حالة الأجنة التي تسقط تلقائياً .
- حالة الأجنة التي نسفت لعامل طبي أو جنائي .
- حالة « اللقائح المستنبطة خارج الرحم » .

من حيث الأحكام الشرعية :

أولاً : يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أوجع من الضرر المترقب عليها، ويشترط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المفقودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة نسيب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً.

ثانياً : يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً، كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

ثالثاً : تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي امتزج من الجسم لعلّة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين للإنسان ما عند استئصال العين لعلّة مرضية.

رابعاً : يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

خامساً : يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفته أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كغسل قرنية العينين كليهما، أما إن كان النقل يعطل جزءاً من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثالثة.

سادساً : يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفته أساسية فيه على ذلك. بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته أو يشترط موافقة وليّ المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أولاً ورثة له.

سابعاً : وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بتوسط بيع العضو. إذ لا يجوز إخضاع أعضائه الإنسان للبيع بحاله ما.

أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكرماً، فمحل اجتهاد ونظر.

ثامناً : كل ما عدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل الموضوع، فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث في دورة قادمة، على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية.

كتب رسائل في الفقه

الفقه الأصولي دراسة تحليلية نقدية

المؤلف:

الأستاذ الدكتور / عبدالوهاب بن إبراهيم أبو سليمان - الأستاذ بقسم الدراسات
العلية الشرعية - جامعة أم القرى - مكة المكرمة .

يقع الكتاب في ٤٩٢ صفحة من الحجم المتوسط ، وقد استهل المؤلف بمقدمة أبان
ليها أنه بدأ البحث في الفكر الأصولي عبر خمسة قرون ، ابتداء من القرن الأول الهجري
حتى بداية القرن السادس . . . ومع إدراك المؤلف لصعوبة التأليف في هذا العلم النفيس
من العلوم الخالدة التي غيظت بها حضارة أمنا عن سائر الأمم إلا أنه صابر وثابر لإخراج
هذا الكتاب قائلا : «إنه عمل جدير بكل ذلك خاصة في هذه الفترة حيث انجبت فيها
الأمة الإسلامية للبحث عن ذاتها ومقوماتها الحضارية ، تتحسس الأسباب والوسائل التي
حققت لها تلك الأبعاد الفكرية والحضارية ولا ينزع أحد أنه استقام لها الأمر وحقت
ما حققت من حضارة إسلامية إنسانية عندما قامت دعوتها على أسس علمية سليمة يأتي
في طبيعتها الاهتمام بعلم أصول الفقه حيث يمثل قانون الفكر الإسلامي ومعايير
الاستنباط فيه .

وقد قسم المؤلف الكتاب إلى ثلاث مراحل تاريخية هي مرحلة البداية وتبدأ بعصر
الصحابة رضوان الله عليهم حتى نهاية القرن الثالث الهجري ، وقد أشار المؤلف إلى
تطور العلوم الإسلامية في هذه المرحلة ودور الرسول ﷺ في المجتمع الإسلامي ، ومنهج
الصحابة واستنباط الأحكام الشرعية مع أمثلة تطبيقية من درايهم الأصولية . كما أوضح
عن دور أصول الفقه في زمن التابعين وتابعيهم .

أما مرحلة التطور فتبدأ بالقرن الرابع الهجري حتى نهايته ، وقد أشار المؤلف إلى
الحركة العلمية فيها بعلمة والأصولية بخاصة كما حلل أهم مدونات الأصول في القرن
الرابع الهجري .

أما مرحلة الاكتمال فتتمثل في القرن الخامس وأوائل القرن السادس وقد أوضح المؤلف فيها عن الحركة العلمية والمؤلفات الأصولية مع تحليل أهم مدونات أصول الفقه في هذه المرحلة.

والكتاب يعتبر بحق دراسة تحليلية متميزة لعلم أصول الفقه قبل وبعد تدوينه ومؤلف الكتاب معروف بمؤلفاته وإبحاله المتميزة في الفقه الإسلامي ولا شك أنه بهذا الكتاب قد أضاف إلى علم أصول الفقه دراسة علمية متميزة تضاف إلى الدراسات والبحوث التحليلية العلمية التي عرفتها أمتنا في عصورها الزاهرة فكانت رافداً هاماً من روافد حضارتها عبر مدارج التاريخ .

إن طريقة المؤلف في التحليل ، وعلى هذا النحو من الدقة ، وبسرعة العرض ، وسلامة المنهج تدل بوضوح على قدرة أبنائه أمتنا على متابعة مهج السلف الأيوار في خدمة شرع الله ومئة دموه المصطفى محمد ﷺ .

نظرية الضمان

أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة

تأليف:

الدكتور وهبه الزحيلي - استاذ الفقه الإسلامي وأصوله في كليتي الشريعة والحقوق بجامعة دمشق وعميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة سابقاً.

والكتاب يقع في ٣٦٦ صفحة من الحجم المتوسط. وقد بين المؤلف في مقدمته أنه . . . يبحث في نظرية ضمان الأنفس والأموال بسبب الاعتداء عليها عمداً أو خطأ، مما يؤدي إلى هلاكها أو تلفها ويوجب تعويض صاحبها عنها، حفاظاً على الحقوق، وصيانة لها من كل أذى، وتطبيقاً لبدأ العدالة التي قامت عليها شريعة الإله.

كما أن للضمان أهمية كبرى في نطاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لأن أكثر المنازعات تقع فيه، وسؤال العلماء يتردد عنه مراراً . . . ومن المعلوم أن الفعل الضار أو غير المشروع هو أهم مصادر الالتزام في الشريعة والقانون المدني، ومصادر الالتزام شرعاً خمسة هي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل الضار، والعمل النافع، والشرع. وهي تقابل عند القانونيين: (العقد، الإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون).

ثم قال المؤلف في مقدمته للكتاب «ولست المسؤولية الجنائية أقل أهمية من المسؤولية المدنية، بل إنها على العكس أعظم خطورة، وأكبر إلماً، وأقبح أثراً، فهي تنشأ عن جريمة تضر بالمجتمع، والعقوبة فيها على الأكثر - على حد تعبير الشرعيين - من حقوق الله تعالى أي حق المجتمع، أما المسؤولية المدنية فتنشأ عن جريمة لا تمس إلا الفرد المتضرر، والعقاب فيها من حقوق العباد والأشخاص».

وقد اهتم المؤلف ببيان النواحي العملية والخلو الواقعية لمشكلة التضمين، موضوعاً الحالات التي تستوجب الضمان عند فقهاء الشرع. وميماً أن منهجه في البحث هو عرض ما عليه فقه المذاهب الأربعة أولاً في نظرية الضمان وبيان حالات الاتفاق والاختلاف فيها بينها في أهم المسائل، مع اعتبار المذهب الحنفي هو الأساس العام للأحكام المذكورة.

وقيل تعريف الضمان أشار المؤلف إلى أن استمداد نظرية الضمان في الفقه الإسلامي يمكن أن يتم بما وضعه الفقهاء من قواعد تعتبر أساساً لمبدأ عام وهما ذكره من فروع فقهية في أبحاث القصب والإتلاف والجنايات وحقوقات الجرائم المقدرة وغير المقدرة (الحدود والتعازير) ثم عرف الضمان بأنه . . . الالتزام شعوبى الغير عما لحقه من تلف (مائل أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية . . . والكتاب يعتبر مرجعاً في نظرية الضمان ، والمؤلف معروف بأبحاثه الفقهية الكثيرة .

أحكام الطريق في الفقه الإسلامي مقارنة مع نظام المرور في المملكة العربية السعودية

هذه رسالة دكتوراه قدمها الباحث سليمان بن عبدالله الدخيل لثبيل درجة الدكتوراه من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية وتقع هذه الرسالة في ٥٨٤ صفحة ابتدأها الباحث بمقدمة أوضح فيها أسباب اختياره للبحث في هذا الموضوع ومنها: ما جحد من وسائل النقل والمواصلات الحديثة من سيارات وطائرات وقطارات ودراجات وغير ذلك والتي طغت أو كادت على الوسائل القديمة من الدواب والسفن وأصبحت من ضرورات الحياة.

ومن هذه الأسباب رغبة الباحث في بيان قدرة الشريعة الإسلامية على مسايرة أي تقدم أو اختراع في أي مجال من مجالات الحياة.

وتشتمل الرسالة على تمهيد وأربعة أبواب وخاتمة.

وفي الباب الأول تكلم الباحث عن وصف الطريق وما ينبغي من توفير أسباب السلامة فيه وقد تطرق في مباحث هذا الباب إلى تعريف الطريق وملكيته وحكم فتحه وأنواعه وعلاماته وعلامات نظام المرور وأنواعها والإشارات ومصدول علامات المرور والغرض منها. وفي الباب الثاني أوضح صاحب الرسالة حكم الانتفاع بالطريق والقواعد التي ينبغي التقيد بها أثناء السير فيه. وفي الباب الثالث بين بالتفصيل الأحكام المترتبة على الأضرار الناشئة عن استعمال الطريق ومنها: حكم ضياع ما تلف من نفس أو مال بسبب استعماله. وفي الباب الرابع أوضح صاحب الرسالة الأحكام الخاصة بحماية الطريق وصيانته من الأذى وحكم وضع الأذى فيه.

وقد ختم الباحث أطروحة بعدد من النتائج منها أن نظام المرور في المملكة العربية السعودية يدور على تحقيق السلامة لمن سار في الطريق على قدميه أو مركبته فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وبالتالي فإن النظام سائر على أحكام الشريعة الإسلامية ومن هذه النتائج أن الطرق والشوارع من أهم المرافق العامة الواجب تحقيقها وأن الطريق مباح المرور فيه لكل إنسان المرور فيه بنفسه ودوابه ومركبته بشرط سلامة العاقبة من مروره فيها يمكنه الاحتراز.

والرسالة في مجملها دراسة علمية تشتمل على كثير من التفاصيل عن الطريق واستيعاب الأحكام اللازمة للانتفاع منه ولا شك أن هذه الرسالة ومثيلاتها فوائد جمة لما تشتمل عليه من جمع الأحكام والقواعد المتناثرة في كتب الفقه حول قضية أو موضوع ما.

مقام دارالافتاء - دارالعلوم - لاہور۔ ۱۸۲۲۶۶۱

Badhl	: To give generously.
Bay'	: Selling or trading - is the transfer of the corpus for a consideration, and is diametrically opposed to Riba (usury or interest) which is illegal and invalid.
Baya'ah	: Pledge of allegiance.
Bara'a	: Acquittal from a promise or agreement, if the enemy abrogates it.
Bari	: Not guilty, innocent from a charged accusation.
Batil	: Void, null.
Bayina	: Evidence, proof to be supplied by the accuser.

D

Dhimmi	: A non-muslim subject who lives in the Islamic state.
Dalil	: Evidence in court. Also used to mean an injunction from the Holy Qur'an or the Sunnah of the Prophet of Islam.
Diyah	: A prescribed sum of money levied on the caused person in an accident killing or severe injury to be given to the heirs of the deceased or the severely injured person; blood money.
Dārul-Harb	: Territory of enemy; abode of war.
Dārul Islam	: Territory of Islam; abode of Islam.
Dārul Sulh	: Territory at peace with Islam.
Darar	: Damage.
Da'wa	: Suit, claim, action - used in conjunction with courts of law.
Da'wa	: Propagation of Islam, teaching Muslims, spreading their religion of Islam among non-muslims.
Daman	: Surety, suretyship.

A SELECTED LIST OF ISLAMIC LEGAL TERMS

* Compiled by: Nezar Al Aqeel

A

- Āḥādith plural ḥadith) : Prophetic tradition or a short account of some Act or Word of the Prophet Muhammad (peace be upon him). See also Sunnah.
- Akhlāq : Literally morals; covers nature, disposition habits and manners of a man.
- Aḥal Al Ḥal wa Al-'Aqd : Council of those who resolves and prescribes i.e. body which plays the role of legislature and counselling.
- 'Aqd (plural 'uqud) : A legal undertaking; a contract.
- 'Aa') : Mind-Reason-Rationality.
- 'Ariyaa : Loan - is the transfer of manfa'a, the usufruct, without a consideration of award.
- 'Adala : Probity - a prerequired quality in a muslim to be accepted as a witness inside a court of law or outside it. (2) Justice.
- 'Ahd : Covenant, binding agreement or promise, pact.
- Ard Mawāt : Dead land; not owned by anyone.
- Ahliya : Legal capacity, competence, aptitude.
- Azeer : Prisoner of war.
- 'Ain : The corpus of a thing.

* A.B. M.L.Sc.

deceased before his death, or from his inheritors, or the permission of the Guardian of Muslims if the deceased was unidentified or has no heirs.

Seventhly

It should be noted that the agreement on the transplant of organs in the case allowed is preconditioned that the transplanted organ should not be subject for sale, because the sale of human organs is not permissible in any way.

The payment of money by recipients of organs or out of necessity or as compensations or rewards is still in need of further study.

Eighthly

All cases pertaining to this subject other than the aforementioned cases and forms are still under discussion and should be subjected to more research in future sessions and in consideration of the medical and Sharia rules.

- when embryos are aborted as a result of miscarriage.
- when embryos are aborted either for medical or criminal reasons.
- when the embryo is externally developed "test tube babies".

The Sharia Rules and Legislations

Firstly

It is allowable to remove an organ from the body of a person and transplant that organ in another part of the same body after assurances that the expected benefit from this operation is more than its resultant damage; and on condition that the operation is performed to replace a lost organ or return it to its former shape or its usual function; or, the removal of ugliness or a defect which might cause psychological damage.

Secondly

It is allowable to transplant an organ from the body of one person to the body of another person if that organ is self-renewing such as blood and skin, on the condition that the donor is in complete legal capacity and the other legal considerations are met.

Thirdly

It is allowable to utilize a part of a removed organ, for medical reasons, e.g. the use of cornea when the eye is removed.

Fourthly

It is prohibited to remove and transplant a life depending organ like the heart from a living person to another person.

Fifthly

It is prohibited to remove and transplant an organ from a living person and as a result of this removal a basic function of the body is damaged, even if his life itself is not affected. But if the removal could cause damages to a part of a basic function, then further discussions are needed to reach a resolution.

Sixthly

It is allowable to transplant an organ from a dead person to another person whose life or a basic function is depending on that transplant on condition that prior permission is obtained from the

such as sight; on condition that the beneficiary of this transplant is leading a respectable life according to Sharia.

Thirdly

Transplant has three forms;

- 1) Transplant of an organ from a living person.
- 2) Transplant of an organ from a dead person.
- 3) Transplant of an organ from embryos.

The first form - which is the transplant from a living person - could be done under the following circumstances:

- A) The removal and transplant of an organ from one part of the body to another part of the same body, for instance the transplant of skin, cartilage, bones veins and the like.
- B) The removal and transplant of an organ from the body of a living person to the body of another person. The organ in this case should be verified whether or not it is a life depending? Such life depending organs are either unilateral organ like the heart, liver or bilateral like the kidneys and the lungs.

The no-life depending organs are either (1) organs performing a basic function in the body or otherwise. Or (2) they are organs which renew themselves automatically like blood, and those which do not renew themselves. Other organs affect the genes and some others do not have that effect.

In the second form the transplant is made from a dead person. It should be noticed that death can be certified as such:

- in the first case which is the death of the brain as manifested in its total non-functioning as assessed clinically.
- in the second case which is the total stop of the heart beat and breathing as assessed clinically.

In the two cases the resolution of the Council in its third session was taken into consideration.

In the third form in which the transplant is from embryos, and this can be benefitted from in three cases:

RESOLUTION NO. 1 D 4/08/88

ORGANS TRANSPLANT

In its fourth session held in Jeddah, Saudi Arabia, during the period 18-23 Jumadah II 1408 corresponding to 6-11 February 1988 the Council discussed the subject of organs transplant either from a dead or living person to be utilized by another person. After reviewing the medical and Fiqh researches and view points and after elaborate discussions the Council made these explanations.

The subject of organs transplant is now an evident every day practice which has been imposed by the scientific and medical progress, resulting in positive useful achievements, which are, nevertheless, accompanied by some disadvantages either on the psychological or social level because of the uncontrolled practice of the organs transplants which are sometimes carried out without any Sharia legal precautions and regulations. These Sharia precautions and regulations are meant for the security of the human dignity and the achievement of all good and the fulfillment of the interests of the individual and the community and calling for cooperation and self-negation.

After verification of the aspects of the subject, the Council decided the following:

Definition and Division

Firstly

What is meant by "organ" here is any part of the human body be that tissues, cells, blood or others whether removed from the body or still in its place.

Secondly

The transplant and the benefit of the reutilization of the organ, which is the subject of our research, is initiated by necessity to maintain life or to preserve a basic function of the human body

In case that a share holder fails to obtain the amount of his share on which zakat is due, the following are to be considered:

If he contributed his shares in the company with the intention of benefitting from the yearly income yield of these shares (and not with the intention of trading in these shares, in which case he would be paying zakat of these shares in the form of zakat of exploitation) and in accordance with resolution of Majma'a Al Fiqh Al Islami in its second session on the zakat of real estates and leased lands-non-arable-zakat in this case is not obligatory on the origin of the share, but only obligatory on the yield from this share which is equivalent to one quarter of the tenth or 2.5% after the passage of the period of one year from the day that yield is received and in consideration of the conditions for the payment of zakat and freedom from hindrance.

If the share holder obtained these shares with the intention of trading in them he should pay zakat of "trade items" for his shares. After the passage of the period of one year and these shares are still in his ownership, they should be reevaluated by experts and the quarter of the tenth of their actual value on them and the profit or 2.5% is due to be paid as zakat.

Fourthly

If the share holder sells out his shares, he adds the amount of their price to his money and pay zakat for the whole amount after the completion of the required period of time. As for the buyer of the shares he should pay zakat for the shares as stated previously.

RESOLUTION NO. 3 D4/08/88

ZAKAT OF SHARES IN COMPANIES

In its fourth session held in Jeddah, Saudi Arabia, within the period 18-23 Jumadah II 1408 corresponding to 6-11 February 1988 the Council of Majma'a Al Fiqh Al Islami discussed the subject of the Zakat of Shares in Companies. After deliberations and studies the Council decided the following:

Firstly

The zakat of shares is obligatory. Share holders must pay the zakat due on their shares in a company. The management of the company should pay the zakat on behalf of the share holders if the founding law of the company states that or if there was a resolution from the general assembly of company or if the government regulations oblige the companies to pay zakat as such or if there was authorization from share holder to company management to pay zakat on his behalf.

Secondly

The management allocates the amount of the zakat from the total amount of shares as if belonging to one person, in consideration of the minimum amount of money and the type of money and the legitimate duration and all the other considerations taken into account in the calculation of zakat. The shares on which zakat is not obligatory are excluded such as the shares of the public treasury, the shares of charity and endowments and the shares of the non-muslims.

Thirdly

If the management of the company does not pay zakat for one reason or another, the share holders are obliged to pay zakat for their shares. A share holder can obtain from the company accounts the amount of his shares and hence pay zakat accordingly.

Thirdly

If there was agreement between the owner and the tenant within validity of contract that the former pays a certain amount of money for the later to abdicate his right in the leased facility for the remaining period of contract, this kind of purchase of rent is legally allowable because it is considered as compensation to the tenant for his willful abdication of his contractual right in that lease.

However, if the contract between owner and tenant expires before this agreement, and the contract is not renewed either explicitly or implicitly, as in the case of automatic renewal, this kind of purchase of lease is not legal and is not allowable, because the owner is the person who has the right in his estate after the termination of the lease period.

Fourthly

If there was agreement between the incumbent tenant and the new tenant within the period of validity of contract that the former abdicates his right in the leased facility for the remaining period of contract for a certain amount of money paid by the later, then this kind of purchase of lease is legal and allowable, with considerations of the terms of the rent contract, between the first tenant and the owner and in accordance with current regulations in agreement with the Sharia laws.

Nevertheless, in the case of long period of lease contracts, contrary to the statement of contract and although some laws permit that, it is not permissible for the incumbent tenant to lease the facility he is renting or obtain a compensation for releasing it without the prior approval of the owner of estate.

In case that the period of lease is expired, the agreement between the previous tenant and new tenant is invalid and the purchase of lease is considered illegal, because the owner is the only person who has the right to benefit from his estate or facility after the termination of lease period.

RESOLUTION NO. 6 DA/08/88

THE PURCHASE OF LEASE

In its fourth session held in Makkah as from 18-22. Jumadah II 1408 corresponding to 6-12 February, 1988 the Council discussed the subject of the purchase of lease. After extensive discussion the Council decided the following.

Firstly

The agreement on the purchase of lease is of four types, such as:

- 1) When agreement is between the real estate owner and tenant (1) at the initiation, (2) at the commencement, (3) at the beginning of contract.
- 2) When agreement is between the real estate owner and tenant either within the period of validity of contract or at the termination of it.
- 3) When agreement is between the incumbent tenant and a would be tenant either within the period of validity of contract or at the termination of it.
- 4) When agreement is between a new tenant and both the real estate owner and the previous tenant within the period of validity of contract or at the termination of it.

Secondly

If the real estate owner and the tenant agreed that the tenant should pay an extra sum of money "called purchase of lease", in addition to the periodical regular rent it is allowable according to Sharia, this sum of money be paid and be considered as part of the rent for the agreed period of time. In case of abrogation of contract this amount of money paid is to be considered in accordance with the rules of rent.

INVESTMENT OF ZAKAT IN PROJECTS WITHOUT OWNERSHIP OF BENEFICIARIES

In its third session held in Amman, Jordan, between 8-13, Safar, 1407 corresponding to 11-16 October, 1986, the Council of Majma'a Al Fiqh Al Islami reviewed the researches presented on the subject of the Investment of Zakat in Projects without "Ownership of Beneficiaries" and discussed all points of view from different experts and reached the following decision:

As a matter of principle it is allowable to invest the money collected from Zakat in income yielding projects which will eventually end in the ownership of the Zakat beneficiaries or to be owned by the body responsible of Zakat collection and distribution. This can be achieved after satisfying the immediate needs of beneficiaries and provide for the sufficient guarantees of being free from risks, and probable loss.

The sixth method: Insemination takes place externally between the ova of the wife and the sperm from her husband and then the seminated ova is again planted in the wife's womb.

The seventh method: Insemination takes place internally when a sperm from the husband is injected in the wife's womb.

After extensive discussion and reviewing of all opinions the Council decided the following:

According to Shar'ia, the first five methods are "haram", illegitimate and strictly forbidden in themselves because of what would result from them as in the confusion of kinship and lineage, the loss of maternity and the fall into pits of restrictions.

As for the sixth and the seventh methods, the Council decided that it is allowable to revert to those two methods at the time of necessity after taking all necessary precautions. And Allah is all knowing.

(2) FATAWA AL MJMA' AL FIQHI AL ISLAMI IN THE ISLAMIC CONFERENCE ORGANIZATION

RESOLUTION NO. 4 D3/U7/86

TEST TUBE BABIES:

In its third session held in Amman, Jordan, from 8 to 13, Safar, 1407 corresponding to 11-16 October, 1986 the Council of Majma'a Al Fiqh Al Islami discussed the subject of artificial insemination or what is termed as the "test tube babies". After listening to the different points of view and the extensive explanation from experts and physicians, the Council reached these conclusions:

There are seven methods of artificial insemination known to us these days.

The first method: Insemination takes place externally between the sperm of a husband and an ova of a woman, other than his wife and the seminated ova is then replanted into the womb of man's wife.

The second method: Insemination takes place externally between the ova of a wife and the sperm of a man other than her husband and then the seminated ova is replanted in the wife's womb.

The third method: Insemination takes place externally between the sperm and ova of a married couple and the seminated ova is then transplanted in the womb of a volunteer woman.

The fourth method: Insemination takes place externally between the ova and sperm of unmarried people and the seminated ova is then planted in the womb of the wife.

The fifth method: Insemination takes place externally between the ova and the sperm from married couple and the seminated ova is then planted in the womb of another wife.

RESOLUTION NO. 11

**ON ENDOWMENT INCOME
EXPENDITURE**

In its tenth session held in Makkah during the period 24 Safar to 28 Safar 1408 corresponding to 17-21 October 1987, the Council of Al Majma'a Al Fiqhi Al Islami in the World Muslim League, discussed the question on the expenditure of the income from endowments on public interests raised to the Council by Abu Baker Muhieddin, head of the Islamic Call - Da'awa - In Singapore. After deliberations and discussion the Council decided the following:

If the income of an endowment was not, as a condition, allocated to a certain body, the income obtained from it can be spent on public interests. But if the endowment's income was allocated to a certain institution or body the Council decides that it is not permissible to spend that income on public expenditure.

MEMBERS OF AL MAJMA'A AL FIQHI AL ISLAMI

Abdul Aziz Ibn Abdullah Ibn Baz	President
Dr. Abdullah Omar Nassif	Vice President

MEMBERS

Muhammad Ibn Jaheer	Member
Abdullah Al Abdel Rahman Al Bassam	Member
Muhammad Ibn Abdullah Ibn Sabeel	Member
Muhammad Mahmoud Al Sawaf	Member
Muhammad Rasheed Raghib Qahhani	Member
Dr. Bakr Abu Zaid	Member
Saleh Ibn Fawzan Al Fawzan	Member
Mostafa Ahmad Al Zarqa	Member
Abul Hassan Ali Al Husni Al Nadwe	Member

MEMBERS OF AL MAJMA'A AL FIQHI AL ISLAMI

Abdul Aziz Ibn Abdullah Ibn Baz	President
Comments: I think that collective Ijtihad is not a condition. A Jurist may make his own independent reasoning.	
Dr. Abdullah Omar Nassif	Vice President

MEMBERS*

Muhammad Ibn Jabeer	Member
Saleh Ibn Fawzan Ibn Abdullah	Member
Mostafa Ahmad Al Zarqa	Member
Saleh Ibn Uthaymin	Member
Muhammad Al Shazali Al Naiffar	Member
Dr. Ahmad Fahmi Abu Sinnah	Member
Dr. Bakr Abu Zaid	Member
Muhammad Ibn Salim Ibn Abdel Wadood	Member
Abdullah Al Abdel Rahman Al Bassant	Member
Muhammad Ibn Abdullah Ibn Sabee	Member
Muhammad Mahmoud Al Sawaf	Member
Muhammad Ridha Qabbani	Member
Abubakar Jumi	Member
Muhammad Al Habib Ibn Al Khuja	Member
Mabrook Ibn Masoud Al Awadi	Member
Dr. Talal Omar Batafeh	Secretary

* Absent from this session were Dr. Yusuf Al Qaradawi, Dr. Muhammad Rashidi, Sheikh Abdul Qaddous Al-Hashimi, General Mahmood Shait Khattab, Sheikh Hassanain Muhammad Makhloof and Sheikh Abul Hassan Ali Al Hussari Al Nadwe.

- 3) The Mujtahid should meet all conditions and qualifications. He should grasp all means for attaining the level of Ijtihad so as to be able to understand the aims of legislation in the Holy Book and the Sunnah of the Prophet, peace be upon him.
- 4) Guidance and reference should be sought from the predecessors so that Ijtihad follows the right path. A new issue should not be approached without the prior knowledge of what the predecessors thought of similar issues. Assistance should also be sought from the exemplary Imams so that contemporary Mujtahids should not go astray.
- 5) There is a golden principle to bear in mind, "where there is a text (Nuss) there is no Ijtihad". When the quotation is final and confirmative, so as not to leave any room for confusion.

Ijtihad can be divided into four parts:

- 1) The absolute Mujtahid such as the Imams, "leaders", who are followed as examples.
- 2) The Mujtahid who follows one mazhab (there are four cases mentioned by the fundamentalists).
- 3) The Mujtahid in preferences.
- 4) The mujtahid in one aspect or one subject or more, which is permissible indicating that Ijtihad can be subdivided.

For all these reasons, the Council decided the following:

- 1) The need for Ijtihad in our present time is pressing. There are new cases and problems which were not faced by the past generations and no doubt there will appear new problems in future.

Prophet Muhammad - peace be upon him, approved for Mu'ath Ibn Jabbal to attempt Ijtihad when he did not find reference in the Quran or in the Sunnah. Mu'ath said "I exert my efforts and hesitate not". Through Ijtihad Islam renews itself and its validity for all ages and is applicable in solving all problems emerging in modern inter-relations and modern investment trends and other social problems.

The council also called for the establishment of a center for the collection of Fatawa and the researches of the Islamic conferences, and provide all the universities and Sharia and Islamic studies colleges with these collections.

- 2) The Council recommends that Ijtihad should be done collectively as it used to be at the early times of Islam, during the eras of Khalifas, - blessings upon them - Al Shatibi narrated in his book "Al Muwaffaqat" that Khalifa Omar Ibn Al Khattab used to assemble a group of well learned men and decision makers who would deliberate and pass their judgement on a certain question. This tradition was followed by all jurists of later times. References of this is what Al Hafiz Ibn Hajar narrated that the seven jurists used to discuss any new problem and reach a verdict on it collectively and that a judge would not pass any judgement before consulting them.

RESOLUTION NO. 3

ON IJTIHAD OR INDEPENDENT REASONING

In its eighth session held in Makkah at the World Muslim League Headquarters between the period 27 Rabie II 1405 to 8 Jumadah I 1405 H corresponding to 18-29 January 1985, Majma'a Al Fiqh Al Islami discussed the question of IJTIHAD, independent reasoning which can be defined as the effort exerted in the search of knowledge of the Sharia Rules and judgements by way of making new deductions and extractions from the Sharia Texts (Evidence).

The basic framework of Ijtihad prerequisites complete knowledge of the conditions - of the rules - without which this purpose can not be reached. One should be well qualified before attempting Ijtihad.

Allah says:

If a contingent
From every expedition
Remained behind,
They could devote themselves
To studies in religion.*1

This verse shows that the study of religion requires full time attention to enable one to reach the correct meaning and explanation.

Al Suyouti elaborated in one of his books the mandatory obligation of Ijtihad and that it is still eminent and it is not disconnected. The doors to Ijtihad are still open with the unanimous agreement of all jurists on this point. It is open for every qualified muslim fulfilling all the conditions pertaining to this question. The only problem is that the wills of muslims are falling short of achieving the required level for Ijtihad manifested in being well-versed in the knowledge of the Quran, the purified Sunnah, the fundamentals of Fiqh, the circumstances of contemporary life, the objectives and goals of the Sharia, the principles of preference as applied on conflicting evidences and above all to be just, pious and trustworthy.

*1 Sura Tauba verse 122.

Muhammed Mahmood Al Sawaf	Member
Muhammad Ibn Abdullah Ibn Sabil	Member
Muhammad Al Shazali Al Naiffar	Member
Abdul Quddous Al Hashimi	Member
Abul Hassan Ali Al Hussni Al Nadwe	Absent
Hassanain Muhammad Mukhloof	Absent
Mahmood Shait Khattnab	Absent
Muhammad Abdul Rahim Al Khalid	Member Secretary

mitigation unless that difficulty exceeds the normal limits like the inability of a sick person to perform prayers standing or fast during Ramadan or inability of a disabled person to go out for jihad. In these cases a release of that obligation or mitigation is to be considered. When there is exhaustive difficulty because of exceptional emergency, exceptional consideration must be taken into account to alleviate that exhaustion. Abu Isshaq Al Sharibi narrated many examples and cases together with the Sharia rules in his book "Al Muwafaqat Fi Osool Al Sharia".

It is deduced from all of the above that the normal losses in trade because of the market fluctuations does not affect the contracts because this is the nature of trade. But when that loss is caused by some emergency circumstances in which case exceptional considerations are to be furnished for.

Ibn Al Qayyum says in A'Alam Al Muwaq'een "Allah sent His Messengers, and sent down His Books with justice on which the heavens and the earth were founded. Any matter brought out of justice to injustice, or from the interest to the opposite, is therefore not in compliance with the legislation from Allah. Whenever the signs of justice appear on the aspects of any matter, then the legislation from Allah encompasses that matter".

The short comings of the contracting parties is revealed by the terms of their contract and its conditions which can not be ignored. A contract can not be taken to the letter whatever the results might be because in the Fiqh of Sharia the aim of a contract is in its objective and meaning and not in its words and structure.

Interference in these cases of long term, relaxed contracts is recommendable so as to find just solutions and alleviate injustice. This kind of interference is the responsibility of the judiciary in the light of these principles and texts which pave the way and throw some light for finding the wise correct Sharia solution to such innovated essential cases. The Islamic Fiqh recommends the following:

- 1) In the case of long term, relaxed, contracts (such as import, supply and construction contracts) if the conditions changed so greatly that it changed prices and costs of

Al Kasani, one of the Hanafi jurists said in Bada'e Al Sana'e, volume 4, page 197, "the cancellation of a contract is in reality avoidance of obliged damage and the refusal of cancellation at the time of emergence of excuse is in itself a violation of the contract. It is ridiculous to compel somebody to extract a tooth even after the pain is gone."

The jurists of different mazahib mentioned similar cases of emergency circumstances in various stages of farming including lease of plantation, similar to contracts of lease.

- G) Prophet Muhammad, peace be upon him, and all his companions after him and all the jurists of mazahib decided that in the case of disasters which affect the yields and crops in the form of cold, heat, locusts, worms, insects or any other pests, the price of what has been destroyed by the disaster should be deducted from the price of the whole crop as it was sold on its trees. If damage affected all the crop, then the whole price is taken back.

- H) Prophet Muhammad, peace be upon him, said "No damage and no harm". The jurists of all Fiqh mazahib have adopted this saying and considered it a basic legislative principle from which branched many legal suppositions for the avoidance of harm and removing it in all aspect of dealings.

There is no doubt that any contract concluded between two parties and according to its own terms would be binding to both parties in fulfillment to what Allah says in His Book

Oh ye who believe
Fulfill all obligations^{*1}

But the binding obligatory power of a contract is not more powerful than the Sharia text which is abiding to all the people addressed. The Council concluded that the difficulty which one meets in carrying out an obligation does not cancel that obligation. For instance the difficulty met in performing prayers does not cancel the prayers, the difficulty of hunger and thirst does not cancel fasting, and would not necessitate

*1 Sura Ma'ida verse 1.

cultivation; the tenant in these cases has the option of cancelling the contract of lease, because the profit from that lease can not be fulfilled. But if the apprehension was particular to the tenant like being afraid of his enemies proximity he does not have the right to cancel the contract of lease because his excuse does not totally prevent from profiting from the lease".

- C) Imam Nawawe said in Rawdat Al Taliheen, volume 5, page 239, that lease contract is not cancelled by personal excuses, be that lease of facility or lease for wage. For example, if someone rents a camel (vehicle) to travel on but he gets sick and fails to travel; or rents a shop, but changes his mind because the tools he intended to use in that shop have been destroyed for one reason or another; or he fails to find fuel for his trade; or someone rents his house during the absence of his family but he needs the house on the return of his family; or at the time he rents the house, he was single but gets married after the lease was concluded.

In all these cases cancellation is not permitted because there is no defect in what is contracted upon.

- D) All the examples mentioned by the men of learning about the disasters which destroy crop yields and fruits because of general reasons like extremes of cold, heat, winds, rains or locusts, for which they decided that the price of what has been destroyed by disasters is deducted from the total price. This is the famous case of disasters in the Fiqh of Sunnah.
- E) The Sheikh of Islam, Ibn Taymeiya narrated in Mukhtassar Al Fatawa, page 376, that, if someone leases a public facility the profit on which depends on the visits from the public such as, hotels and public bathrooms, but the expected profit was reduced because of the lack of clients for fear of war or changes in the civil conditions, a reduction of the same percentage is made on the agreed price of lease.
- F) Ibn Qudamah said in Al Mughni, page 29, "If someone rents a camel to travel on or carry some loads somewhere but he had no access to that place for fear of accidents or if he rents a camel to go to Makkah for Haj performance but the pilgrims did not use that same route he intended to use that year. In these cases both parties have the option to cancel that contract of lease or keep that lease until profit from it is fulfilled".

- 2) A certain contractor concludes a contract for the provision and supply of food stuffs to a hospital or a university and the like. The price of each item was agreed upon for the period of the contract. But emergency circumstances change the situation, as for instance, an earthquake, floods or any other nuisance breaks out and prices of food stuffs and material multiply so many times.

What is the Sharia rules to be applied in finding answers to such questions of contractual obligations and rights in this time when huge multi-million riyal worth contracts are concluded for the building of roads, bridges, housing and office compounds, hospitals and big university campuses.

Can a contractor be obliged to abide by the terms of the contract he has concluded bearing alone all the increases in costs and prices and hence be subject to unbearable loss and damage, or is there a way out in the wisdom of the just Sharia laws for the achievement of equilibrium and justice as close as possible between the two parties.

The Council reviewed the Fiqhi precedents which have some similarities with these problems in all Fiqh mazahib and the judgements recommended for the different cases in consideration of the necessary independent reasoning from the jurists to this effect. After deliberations the Council found out the following:

- A) It is permissible for the contract of lease to be cancelled by tenant for emergency reasons which prevent profiting from the lease of the facility like in the case of war or floods. The Hanafis permit the cancellation for even personal reasons which means that the cancellation for general emergency reasons is also acceptable by way of priority. In his book, *Al Majaḥid* in volume II, page 192, Ibn Rasheed narrated under the title "emergency rules" that according to Malik, "(the rain-irrigated land, if leased, and drought prevented cultivating it, or it was cultivated by the tenant but because of drought it did not grow, the contract of lease is cancelled. The same rule applies if the tenant could not grow the leased land because of lack of rain)".
- B) Ibn Qudamah Al Maqdisi narrated in *Al Mughni*, volume 6, page 30, that "If there was public apprehension preventing residence in the place where the facility was leased, or, there was a state of siege preventing access to the leased land for

**FATAWA AL MAJAM'A AL FIQHIA
(1) FATAWA AL MAJMA' AL FIQHI
AL ISLAMI IN THE WORLD MUSLIM
LEAGUE**

RESOLUTION NO. 7

**THE EFFECT OF EMERGENCY
CIRCUMSTANCES ON RIGHTS AND
CONTRACTUAL OBLIGATIONS**

In its fifth session held in 1402 H. the Council of Al Majma'a Al Fiqhi Al Islami, discussed the problems which might rise from the time of concluding a contract until its completion especially in the long flexible sorts of contracts during which time sudden changes in circumstances and conditions might have a great effect on the balances on which the two contracting parties founded their calculations as regards to their rights and obligations or, which is nowadays named, in trading circles, the emergency circumstances.

This problem together with actual examples from daily experiences was presented to the Council with the aim of finding a solution for it. Some of these examples are:

- 1) A contract is concluded between two parties for the construction of a building. Estimations were calculated as 100 Dinners per cubic meter. Materials and labour costs were estimated as 80 Dinners per cubic meter. During the works of construction an unexpected war or any other incident takes place and as a result work stops and price of materials shoot sky high rendering the completion of that contract very exhausting.

To facilitate maintaining equilibrium a judge would also be held responsible for his mistakes. Also, a ruler, a craftsman, a lawyer, an architect or any professional as such would be held responsible with the aim of protecting the interests of the injured people.

There is a general responsibility outside the context of the relation whenever the result was the causing of damage to the self. For this reason the right of ownership is confiscated if the damage resulting from maintaining that ownership is the death of someone.

If a person is forced to eat or drink someone else's food - who is not in need of it - so as to protect himself from death. And if he were to be obstructed and later on dies, then the obstructor would be held liable for his death⁽¹⁾

From here, a physician is shouldering a big responsibility towards his patients. Man is affected by damage whatsoever it may be, but the damage caused by a physician is more serious as it might mean the loss of that self. Man can endure damage in his property but it is very difficult for him to endure damage in oneself, and hence this is why such concern is given to the responsibility of physician in the secular laws and the Sharia.

However, the logical presumption is that by studying medicine a physician's intention is to treat and cure diseases and remove their dangers, but in case that he violates intentionally the protection of the self, this violation would be considered an exception but still his responsibility is not cancelled nor his punishment.

Understandably, and on the same lines of thinking this does not mean in any way intimidating physicians or affecting their professional pride; but, on the contrary, it only means the call for veneration and protection of the self; and for paying attribute to physicians.

1) Us'ez - Abdul Qadir Qudah thinks in his book "The Islamic criminal legislation" Part I - Page 524

that the civil laws consider medication a right while the Sharia oblige the physician to employ his knowledge and put it in the service of the community, which is compatible with our norms of life as reflected in cooperation.

kills a patient under the pretence of giving medicine, this action will be considered first class murder and there is no disagreement about the type of punishment on him, which is (qis.as.). When a physician is mistaken on his treatment or his prescription, the damage resulting from that would be assessed according to the Sharia procedures.

Sixthly:- The conditions for not holding the doctor responsible for his error is that he should be knowledgeable in his profession, well trained, capable of doing his job as Imam Ibn Al Qayim described.

To conserve the present health as possibly.

To restore the lost health as possibly.

To remove the disease, or to reduce it as possibly.

The insurance of the least of the two for the removal of the worst one.

Loss of the least of the two interests to keep the best one of them. Also for a physician not to be held responsible he should not damage a correct part while operating on an infected one, which the jurists call "non transgress of the position". He should also obtain the necessary explicit uncoerced permission from the patient or from his guardian. Also his mistake should not be a nasty one.

Seventhly:- According to jurisprudence there is no "middle state" between life and death. Either there is life or death. The elderly paralytic person or the patient whose case is desperate has the same right of existence as the healthy people. Thus, if a physician kills on purpose any of those people under any pretence, then he will be considered a premeditated murderer and if he is mistaken in giving any one of them the wrong medicine, then he will be considered in the same way as if were treating a healthy one.

In conclusion, it is worth mentioning that the idea of responsibility, whether in the Islamic Sharia or in the secular contemporary laws, is based on the protection of the human relations from damage. Naturally in the process of these interactions of relations a malfunction will occur somewhere, and hence efforts are concentrated on the weak side in the "Relation Equilibrium" to repair the damage done.

Secondly:- Medication is not only the sort of relation between two parties for the exchange of mutual interests, like in most relations between man and man but it is - as in the concept of the religious legislation, a relation of "trust" which a physician should respect as he has manifested in his "oath" according to his own convictions.

Thirdly:- The Sharia laws consider the administration of medication a serious responsibility for which a physician should be well equipped and highly trained before he ventures to practice medicine. A more severe punishment is imposed by Sharia laws upon the one who practices medicine without knowledge than the one with knowledge. Some of the physician's mistakes were previously mentioned as examples as for instance a physician operates on a correct organ rather than the infected one or transfers the pain to another part of the body because of the physician's lack of precision.

Fourthly:- A physician's mistake can be divided into three types - The first type is the ordinary error which is any action taken by the physician towards the patient not with the intention of medication (cure) but for murder through the use of drugs.

The second type is the medical error which is divided into two parts - the initial error and the professional error. The initial error is manifested in the physician's negligence of the patient's or his guardian's permission to operate or obtains an invalid permission. The professional error is manifested in the wrong diagnosis leading to the issuance of the wrong medicine leading to more complex diseases and henceforth, or when a physician does not consult a second, more experienced opinion. The third error is the behavioural error, and this is when a physician ignores his patient or mistreats him or any other behaviour contrary to the medical profession.

Fifthly:- In all its principles and objectives, the Islamic Sharia aims at the equilibrium in safe - guarding the rights and the interests of the people. The one who commits a crime with determination is punished accordingly and the one who commits a crime mistakenly will receive punishment equivalent to that mistake for his negligence. If a physician

The Responsibility of Administering Medicine:

Medication is supposed to be carried out by a trained person in this field to give medical help to a sick person who is in need of this help, whether with pay or without pay. It initiates a relationship between the two which requires of the physician to perform his best in the treatment of the sick person. After getting the patient's permission or of his guardian. Here the patient is also obliged to accept this offer of help from the physician and pay him his charges, if there were any. In spite of all that, sometimes, some patients or their guardians allege that some damage was afflicted on them as a result of the physician's medication. Hence an inquiry is carried out to determine the responsibility or otherwise of the physician. Was the physician performing his medicine out of knowledge or out of ignorance? This is the point upon which the physician's responsibility revolves during all ages. It should be remembered that contemporary civil laws concerning the determination of the physician's responsibility does not differ greatly from those of the Sharia laws.⁽¹⁾

Both laws state that medication is a means of cure, and that the physician is obliged to follow the right medical procedures in performing his knowledge and have good intentions. These civil laws also affirm the necessity of having the prior permission from the patient or from his guardian, as it is the case in the Sharia laws. But still there is one difference between the civil laws and the Sharia laws as regards to the punishments to be imposed in case of passing a sentence (on a guilty physician). The Sharia, of course advocates the (qis.as.) - blood punishment - against the predetermined intentional acts whether the doer is a physician or otherwise, while the civil laws are still hesitant in applying the (qis.as.) but aspiring to do so.

The responsibility of the Physician can be summarized in these points:

Firstly:- The responsibility of a physician is part of the general responsibility in the protection of the self. And in accordance with the Divine Wisdom and precept for this kind of protection; medication was prescribed to alleviate pain and suffering from this self. Prophet Muhammad - peace be upon him - indicated the importance of caring for the self in all aspects of life be that material aspect or spiritual aspect.

1) Al-Mugni and Al Sharh Al-Kabeer - Volume 9, Page 580. Muhalla - Volume 10, Page 522-523. As far as I know the secular laws have not reached as yet such statement for the protection of self. The developed secular laws only considered the need of the desperate starving person in the ethical category.

Allah also says

Those who invoke not,
With God, any other god,
Nor slay such life as God
Has made sacred, except
For just cause.⁽¹⁾

Allah also says

Nor kill (or destroy)
Yourselves: for verily
God has been to you
Most Merciful.⁽²⁾

- 3) Medication is a legal requisition as the decline from the protection of the self is an offense which would entail punishments in this world and in the hereafter. Taking care of oneself is part of this protection. Neglecting medical help at the time of sickness is considered self negligence.
- 4) Searching for cure from illness does not in any way conflict with the Will of Allah. The evidence to support this is that it is reported that some bedouins presented themselves in front of Prophet Muhammad - peace be upon him - and asked: "Shall we use medicine? and he said, yes, use medication, because Allah did not create a disease without creating the medicine to cure it."⁽³⁾

Medicine is Trust and Responsibility:

For every profession practiced legally among people, there is responsibility. But in the Sharia legal sense this responsibility is not only manifested in the completion of an agreement between two parties alone, but in addition to that it prerequisites the good sincere intention to perfect this work for the second party in the same way as if he is doing that work for his own interest. Prophet Muhammad peace be upon him, advocates: "One does not become a true believer unless one loves for his brother what he loves for himself".⁽⁴⁾

1) Sura XXV: Al Furqan - (The criterion) Verse 68.

2) Sura IV: Al Nissa - (Women) Verse 29.

3) Sunnan Tirmidhi - Volume 4, Page 335.

4) Sahih Al-Bukhari - Volume 1, Page 9.

THE RESPONSIBILITY OF PHYSICIANS

Dr. Abdur Rahman Hassan Al-Nafisah

Responsibility of Oneself:

- 1) The protection of oneself is of a very high importance in Islamic Sharia. Man is the creation of Allah and his vicegerent on earth. The Wisdom and Will of Allah predetermined this existence of man which should be respected, and not be transgressed in any form, because if this happens, it means transgression against the Divine Wisdom. Therefore the destruction of this existence is considered a capital crime which is to receive the most severe of punishments.
- 2) The protection of the self is divided into two parts: the individual responsibility and the collective responsibility in addition to the general State responsibility. All of which call for the respect of the self and not to violate its security in any way except by means of a legal justification defined by the Sharia rules.

Allah says in the Quran

"If a man kills a believer
Intentionally, his recompense
Is Hell, to abide therein
(For ever): and the wrath
And the curse of God
Are upon him, and
A dreadful penalty
Is prepared for him."⁽¹⁾

* Editor in Chief: J.L.B. MCL., LL.M. S.J.D. Duke University.

1) Sura IV: Al Nissa - (Women) Verse 93.

is found by simply dividing into six and the amount is thus compared to check which is more lucrative.

Fifthly:

After checking all three alternatives, the best one is always opted for the calculation of the grandfather's share in the first place and only after that the other calculations are made to find the shares of the other inheritors.

Thirdly:

The total number of the share of the brothers and the divdant, grandfather will be the core of the problem.

Fourthly:

The origin or the sum of the inheritance is divided into the divdant (total number of shares) and the share per head is obtained. If the inheritors are females along with the grandfather, then his share will be doubled by multiplying it by two.

Fifthly:

We try the other alternative and see if the third of the inheritance is more than his share when divided in the previous method then he gets the third otherwise he keeps his share.

The Second Part of the New Method:

When we want to assess what is more lucrative for the grandfather in the case when there are other inheritors, be that the equal share, one third of the remainder or one sixth of all the inheritance, we follow this:

Firstly:

A regular chart is drawn with the names of all inheritors.

Secondly:

The least common denominator is found for all ratios of shares and the usual calculation is carried out to find out the amount of one share. If the inheritors are females, the grandfather gets twice as much as one share.

Thirdly:

The other alternative is also applied after subtracting the shares of the first inheritors.

The remainder is divided into three to assess the amount of one third. The result is compared with the share of the grandfather according to the first assumption of equal shares. Hence he will have the highest amount.

Fourthly:

The third alternative; one sixth of all the amount of inheritance.

Step-III:

The share of the inheritor - be that $1/4$ or $1/2$ of the whole inheritance - is written to the right hand side of the inheritor's name on the first list.

If two or more people are in one share the sigh (}) is put to the right hand side of the name and the share written after that. The paternal inheritors should be distinguished by a sign.

Step-IV:

We find a denominator for the ratios of shares, according to the four ratios as such:

- 1) TAMATHUL - when two numbers are equal we take any one of them.
- 2) TADAKHUL - when two numbers are not equal we take the greater number.
- 3) TAWAFUQ - if two numbers are in concordance, when we multiply the concordance of one of them by the other's complete number; and the resultant figure becomes the core of the question.

Step-IV:

Each heir receives his rightful share.

The New Method:

It can be summarized in two parts. The grandfather has the option of taking either (1) one third of the inheritance or (2) equal share like each of the other inheritors, whatsoever is greater.

Firstly:

In the case of equal shares, the grandfather is considered as one of the brothers and have one share and if they were brothers and sisters he will have two shares.

Secondly:

A chart is made indicating every inheritor and his relationship to the deceased; in the first list. The second list is left for the core of the problem and its heirs shares.

brothers with the grandfather, they disagreed on the method of dividing the inheritance between the grandfather and the brothers. This disagreement resulted in three streams or mazahib, the most known of which is the mazahib of Zaid adopted by Imam Malik, Al Shafie, and Ahmad (Ibn Hanbal). Because of this adoption, Muslims have only two alternatives; either the opinion of Abu Bakr or the opinion of Zaid, in the practical field of application as regard to heritance calculation according to different judges at different times and places. In some Arabic legislations there was mixture between different opinions in the question of the inheritance of brothers along with the grandfather, a subject already complicated enough and difficult to find solutions to its problems when applying only two opinions, let alone when more opinions are utilised. By so doing the job of judges is not simplified but on the contrary it was made more complex. Teaching it was more difficult until, with God's help, I found an easier way of calculation which will make the inheritance computation easier to understand and easier to make in accordance with the opinion of Imam Ali, Ibn Massoud and Zaid, blessings of Allah be upon them. This method is essential for the followers of the Egyptian or the Syrian legislations and the others who advocate for the inheritance of the brothers along with grandfather.

Before presenting my method, I should mention the previous method, the chart method (shibak) and the method of correction to help understanding. To solve the problems of inheritance, one should first understand what the modern inheritance calculations called the "four ratios" which is the drawing of a chart and putting the inheritors inside it by following these steps:

Step-I:

The names of the inheritors are written, each on one line mentioning his relationship to the deceased those with equal shares, like sons, daughters and wives are written on one line respectively.

Step-II:

One horizontal line is drawn under the names of inheritors and two lines under the name of the first inheritor. Two vertical lines are drawn to the left hand side of the names of inheritors, by doing so we will have a chart with two lists. The one of the right for inheritors and the second one for the origin and the shares of inheritors.

NEW METHOD FOR SOLVING THE GRAND FATHER AND BROTHERS PROBLEMS (INHERITANCE)

BY DR. ABDUL AZIZ MUHAMMAD AL ZAID

In his sayings, Prophet Muhammad, peace be upon him, repeatedly encouraged the study of Al Fara'id⁽¹⁾, (calculating the fixed shares of an heir in inheritance) and also teaching that to other people. He, peace be upon him, said "learn the computation of inheritance and teach it. It is half the knowledge and it can be easily forgotten. It is the first thing my nation will be expropriated of".

It is narrated about Abdul Allah Ibn Masoud, blessings of Allah be upon him, who said "who learned the Quran let him learn the science of Al Fara'id". To know and master that, one needs to study Fiqh and computation and a lot of experience (on that). One should study many different cases and solve their intricate fabrics. Undoubtedly there were many difficulties in reaching solutions to some questions when calculating the shares of heirs; even in the past, dealing specially with those co-existence of a grandfather and brothers of a deceased Muslim; should the grandfather be a heir along with the brothers or not. The jurists are on disagreement on this question, and there are two opinions:

The first one is the opinion of Khalifa Abu Bakr Al Siddiq, blessings of Allah be upon him, who said, "the grandfather who is father's father is to be considered in the father's place - when the father is no longer there - and hence the brothers do not inherit along with him.

The second opinion is that the brothers inherit along with the grandfather and also through him. This opinion was supported by Imam Ali, Ibn Massoud and Zaid Ibn Thabit, blessings of Allah be upon them. After their agreement on the inheritance of the

* Assistant Professor, King Abdul Aziz University, Jeddah.

(1) Al Fara'id is the science of directing the inheritance among the heirs of a deceased Muslim according to the ordinance of Quran and Sunnah.

debt to Allah. And the state will directly collect the taxes due on the citizens and thus solve an ever lasting problem of tax evasion by some people, in the non-Islamic systems. Also, in paying that the muslim will have a clear conscience and have a good feeling that he paid his religious dues.

Also the muslim who is really concerned about his religious duties will find some tight situation. If he considers the taxes he paid as part of zakat he will not feel at ease and if he does not consider it so and pay both zakat and taxes, he will meet difficulty.

Let us just hope that one day all muslim states will change from the tax system to the Islamic Zakat System derived from our Sharia and it will solve all our problems and achieve our interest for the ease of our souls and minds.

(To Truth) for those in bondage
 And in debt, in the cause
 Of God, and for the wayfarer:
 (Thus is it) ordained by God,
 And God is full of knowledge
 And wisdom.*¹

- 3) Payment of zakat is a worship in itself, and for a worship there should be the intention of worship and obedience of Allah, but payment of a tax is no worship and there is no intention of obedience.

The above points of view could be refuted by the following:

- 1) The collection of zakat in its different forms such as the "Fay" - a booty gained without fighting the "Al-Khomos" (fifth) which is the state share from the booty and -- "Assadaqa" (charity) - all these are names which contain different types of property subject to zakat. Assadaqa is the zakat of gold, paper money, livestock including camels, cows, sheep, goats, grains, and fruits. It is to be spent on the eight outlets as described by the above verse.
- 2) The statement that the zakat collected should be spent on the eight channels of zakat which are different from tax expenditure is true but that is the responsibility of the Muslim ruler, not of the payee, to see to it that zakat and taxes should be spent on the right channels.
- 3) As for the condition of intention it is already available even if collection of taxes is coerced. It is narrated that the Imam - leader - is designated by proxy to complete the condition of intention.
- 4) It is true that zakat is different from tax in conditions and in amount but in the eventual goal they are not different as long as both of tax and zakat are money paid by a muslim to the muslim authority.

It is to be noticed here that there is one dual advantage for a muslim when taxes are considered part of zakat. Both of the two, the individual and the state benefit from that the muslim will repay his

*1 Surah Tauba - Repentance (or Bara'at - Immunity) - Verse 60

ZAKAT AND TAXES

(A Case for Study)

By Dr. Muhammad Zakl Abdel Bur

How are the taxes paid by a citizen considered? Are they to be considered as part of the inccribed Zakat on a Muslim?

Some jurists think that it is allowable to consider the taxes paid to an Islamic state government as part of the Zakat. Some of these jurists are:

- 1) Imam Ahmad Iban Hanbal
- 2) Imam Nawawi
- 3) Ibn Taymeiya

Some other jurists thought the opposite and advocated that it should not be considered as such, those are Ibn Hajar Al Haythami, Sheikh Elalsh, Rashid Redha, Mahmoud Shaltool and Muhammad Abu Zahra.

- 1) Zakat is a Sharia duty of limited amount and conditions stated by the Law Giver whereas taxes are governmental imposed secular charges which have different limits and conditions.
- 2) As for Zakat it has a known expenditure channels mentioned in the holy verse:

Alms are for the poor
And the needy, and those
Employed to administer the (funds)
For those whose hearts
Have been (recently) reconciled

* Professor in a number of Arab Universities.
Ex-Deputy President of Supreme Court in Egypt.

- 16) When a culprit slave is charged with a crime whose punishment is equivalent to the slave's price. The sale of this slave in this case is of three view points:
 - A) Sale is not permissible.
 - B) Sale is permissible and the owner by accepting the sale has opted for sacrifice.
 - C) Sale is suspended unless the owner pays for the sacrifice, then the sale can be carried out.
- 17) If a rich owner frees a culprit slave before the slave chooses to buy out his freedom. There are three opinions:
 - A) Freeing is close to being correct.
 - B) Incorrect.
 - C) Freeing is suspended, but if the owner paid for this freedom it would become effective.
- 18) When a sick person not quite certain of his inability to perform haj hires someone to perform haj on his behalf, and it becomes known that at the period of pilgrimage that man was really inable because of sickness. Does the sick man get the reward for that pilgrimage?
- 19) When a disbeliever with eight wives becomes a muslim together with four of his eight wives. And as he can keep only four (and divorce the other four) he chose to give those who became muslims the option to divorce him.
- 20) When a slave makes a false deal in writing and carries on that offer or deal presuming that the deal was a correct one.

- A) It is owned as a result of death.
 - B) It is owned upon acceptance after death.
 - C) The matter is suspended which is the most acceptable opinion.
- 6) The abolishment of ownership of property of renegade, and there are three different opinions on that:
- A) Conversion to renegade abolishes ownership.
 - B) Ownership is not abolished.
 - C) Property becomes an endowment.
- 7) When two people have a common slave and one of them no longer wants to keep that slave and hence frees him (his part in ownership).

There are also three opinions:

- A) The other partner's share is automatically renounced when the richer partner had done so.
 - B) Does not renounce his share unless he receives the price of his share.
 - C) To be suspended.
- 8) When someone purchases, on behalf of someone else, presuming that he was doing that on the grounds that he was unauthorized, but discovers the opposite.
- 9) When a slave makes a transaction with someone who knows about his slavery but does not know that the slave was authorized.
- 10) When someone alleging authorization is contended but proved to be truly authorized.
- 11) When a gift giver sells what he gifted before delivery.
- 12) When the wife of a lost person gets married and later on discovers that he was dead and her prescribed period of waiting without marriage was over.
- 13) When one gives his daughter in marriage, under compulsion, to someone without her knowing the conditions and qualifications necessary to conclude the marriage; although they are there.
- 14) When an inheritor frees his slave without his knowledge that the slave came into his possession, but later discovers that the slave is really in his possession.
- 15) When an inheritor exempts someone accredited by the inheritor's father from paying that credit on the grounds that the father is not dead, but he really is.

SALE OR TRANSACTION BY AN UNAUTHORIZED PERSON

A Manuscript written by the:

LATE IMAM SALAHUDDIN AL 'ALA'E⁽¹⁾

Commented on by:

SALAH ABDUL GHANI AL SHAR'A⁽²⁾

It gives me great pleasure at the end of this article on the sale of the unauthorized person, and after reviewing the different opinions of the men of learning on the subject, to conclude by summarizing these different opinions and how these men of learning look at the matter when somebody sells some property which he does not own, without any legal authorization or delegation enabling him to do so. This kind of transaction is called the sale of the unauthorized; some examples follow:-

- 1) If someone extorted some property by force and sold that property and used that money from that sale one way or another.
- 2) If someone unauthorized sold his father's property under suspicion that the father might be alive which later proved to be so; and that all property sold was the ownership of the seller.
- 3) Mortgage deters making any deals with the mortgaged property which suspends ownership such as the sale of the property or donating it or undermining the desire for ownership like advertising, or whatever is done without permission from the mortgage maker.
- 4) The bankrupt who takes the liberty in making deals with his property in seizure by selling, giving, offering or by writing and the like and without any permission.
- 5) Ownership of a sequeathed property in a will.

There are three different opinions on this:

(1) Died in 761 H.

(2) Assistant Professor in Faculty of Education in King Faisal University in Al-Ahsa.

peace be upon him, the revelation discontinued and legislation ceased; after Allah had completed his religion. Nevertheless, the actual life of people goes on. To be able to contain all the new and diverse situations in people's transactions, jurists have a great role to shoulder and a lot of Ijtihad to be done in order to deduce new details of rules and this is how numerous Mazahib came to appear.

Urf and its future under the development of laws:

- The need for Urf emerges in the Islamic communities because of the generalization of the Sharin texts and its halt by the death of Prophet Muhammad, peace be upon him.
- Inspite of the great role played by the jurists in their different Mazahib, still this role remains limited leaving a wide range for the Urf to expand because of the urgent need for it in the current circumstances of our Islamic nation.
- In the Islamic international horizon there are now some aspects of Islamic Fiqh bodies in formation like the Islamic Conference Organization, The World Muslim League and other councils which show appreciated endeavours in the field of Fiqh jurisprudence research. Probably this is one of the straight ways to realize the unified Islamic law derived from the Book of Allah and the Sunnah of His Prophet and from the Ijtihad of the Islamic jurists and then we will no longer be in need of customary laws except in the narrowest of places.

Generally speaking, the relation between the principles of Urf and the texts is still controversial in some details. Although the jurists agree that Urf does not cancel the legal text but the opposite is true, and that one of the conditions for it to be applied it should not come in conflict with an ordinance, they - the jurists still disagree in some situations; one of which when people continue to work according to Urf principles which conflict with some non-ordinance texts.

Some Islamic Applications:

There are some applications of Urf in the methods of some Islamic jurists as follows:

- Most of the rules in the Maliki Mazhab are based on the doings of the people of Al Madina because Imams of this Mazhab resided there.
- The influence of the application of Urf was clearly noticed in the Mazhab of Imam Al Shafie. When he was in Iraq he manifested some opinions in congruence with the Iraqi Urf. This is known as the Shafie Old Mazhab. Some of these rules were changed when he moved to Egypt, and hence his new approach was named the Shafie New Mazhab.
- Some people think that in the Hanafi Mazhab, the practical judgements differ according to the Urf of the conflicting parties. The judgement for the same question is different according to the place and the time.
- There is no disagreement between jurists, that Ijtihad - independent reasoning of Mujtahid is changeable according to his place and his time; and probably this is the truest expression describing the Urf and its strength.

The future of Urf in the light of Sharia Text:

The Islamic Sharia has many characteristics and advantages, most significant of which; its generality, its comprehensiveness, its continuity and its durability. It is common to all people, and includes all the earthly and heavenly affairs of mankind. The Quran, the first source for the Sharia rules, was sent down to us in a miraculous challenging style. The rules on transactions are stated in generalized absolute statements and thus the Islamic Law Giver left the minute details to His creatures. The Sunnah of our Prophet Muhammad, peace be upon him, came with the explanations of what was ambiguous in the first source and put it in details. By the death of Prophet Muhammad,

used to mean animals meat other than "fish" while meanings are linguistically included in the word. Or, Urf can be practical when people deal without the need for writing like in restaurants and grocery stores. Or, Urf can be common or general like what is customary in one place among people in their marriage customs and paying of dowry. Or, Urf can be special like what is customary among craftsmen or professionals and what they agree upon concerning certain procedures among them.

The Importance of Urf in Islamic Judiciary:

The importance of Urf is felt and it comes to the surface in cases when there is no rule in the Sharia and Fiqh texts. The only way left for the judge, the mufti or the jurist is to rely on the independent reasoning "Ijtihad". Urf is one of the most followed paths leading to Ijtihad for the settlement of people's disputes when there is no legal Sharia statement or text. In any dispute, anybody who alleges that there is an Urf principle, he should prove that by undoubted evidence sought from expert people dealing in that field.

The Strength of Urf in Islamic Jurisprudence:

Urf derives its strength from two sources:

Firstly:

The Sharia text; Allah says;

"Hold to forgiveness;

Command what is right;

But turn away from the ignorant."⁽¹⁾

Prophet Muhammad, peace be upon him, says:

"What the muslims regard as good, it is good with Allah".

Secondly:

The common agreement is what all the people agreed upon and practiced continuously in their dealings.

Urf, taken as such and acknowledging this strength, has become a source of rules and judgements in all the legal systems of the world without exception when there is no statement or text. Sometimes its strength can reach a point where it can cancel some laws, or part of these laws, and be used in their place when the people continue to apply the Urf and the authorities do not mind that.

1) Sura Araf, verse 199.

SECTION - II

Urf in Islamic Jurisprudence

Definition:

The term Urf is mentioned in the Quran in more than thirty eight (38) verses. It means here what is recorded in the religion and that which is not rejected by people as the good morals and good deeds. One of the known principles for the Muslim jurists their saying, "what is customarily known is like the conditionally known". And what is confirmed by custom is like what is confirmed by text, Al Ghazali defined Urf and habit as what has settled in the hearts and accepted by the minds and received by those of good character. Or, it is what the people of good character in a muslim state are used to do in condition that it does not conflict with a Sharia legal text.

Its corner stones:

The material corner stone which means that the habit or custom must be recurrent and that people are obliged to deal through it until it is reinforced as basis for binding. The moral corner stone which means the common inner feeling of a group that they have to respect it and undoubtedly think that it is wrong to oppose it.

Its conditions:

- 1) The legal condition which means it must not oppose a legal Sharia text (statement), or fiqh unanimity e.g. it is not allowed to deal in usury, wines, or eat pork for these acts oppose the Sharia legal ordinances.
- 2) The commonness or generality. For a custom or habit to be abiding and reach the power of Urf it should be common among the concerned group.
- 3) The continuity. It must be going on for a long time until its presence is felt and hence respected.
- 4) The durability or the conditions of application.
- 5) The oldness (antiquity).

Urf can be verbal like when a term is used to give a different meaning other than the linguistic or lexical meaning as when the word "meat" is

and transcends the limitations of regionalism. The international law has two basic sources which are the treaties and the international custom (Urf). It is subdivided into two parts - Common Urf and Special Urf. The Common Urf is applicable to all states whereas the Special Urf is applied on the states of one region; few in number mostly. It is manifested in two fields the first one is verbal, like the recognition of new states or accepting them as members of a certain body and the second is practical like the protocols according to which receptions are made for heads of states.

The Familial Urf:

This Urf is found in the family circles and the rules organizing relations inside a family and clan. It differs from one place to another.

The Criminal Urf:

The criminal system, be that in the secular written or unwritten law, which means the Criminal Urf, is the most important system in the life of people in any society because it protects the basic rights; the right to live, protection against murder, injury, the right to live freely; the legal freedom and the protection of private property and ownership.

Relationship between Urf and Secular Law:

It is very easy to identify the relationship between two legal approaches. Urf is unwritten laws and rules according to which people interact, while the secular law is a written law tangible and available for everybody to read. Unlike Urf, which takes a long time to be recognized and used, the secular law can be invented instantly and put into practice. The function of each is the same; organization of relations in one society in all aspects of life, bearing in mind that the base line for them is the attainment of justice. Each of these two can cancel the other and supercede it but the secular law has quicker effect in cancellation.

The Future of Urf:

Nobody doubts the important role played by Urf in the preliminary ages and until recent times and that almost all laws were based on its principles in many fields, but this effective role is beginning to shrink. We think that it will continue doing so to a great extent because in every state we find specialized authorities for enacting new laws for new situations. Urf is no longer playing its old role as in the past but still, however, these long time inherited rules of Urf will presume a noticeable function although some of these rules are being deleted worldwide.

Factors of Urf:

Urf has two main factors:

- a) The material factor which means the application of the practice in its recurrence. It can easily be identified as it continues for a long time.
- b) The moral factor which means the state of mind of accepting the Urf as an arbiter and that judgement through it is morally binding. Evidence of this acceptance is the current practice of Urf. But the practice here does not give it the legal binding.

Conditions of Urf:

- 1) It should be concurrent with the law and should not conflict with Sharia statement.
- 2) It should be reasonable and can be put to analysis.
- 3) It should be continuous.
- 4) It should be affirmed leaving no room for probability.
- 5) It should be founded on need or the material and moral necessity.
- 6) It should be acceptable as a correct practice.
- 7) It should be compatible with the other Urfs.
- 8) It should be understood and known to all people on whom it will be applied.

Types of Urf

- 1) The verbal Urf: Like the utterance of the words of divorce.
- 2) The practical Urf: Like the registration of marriage.
- 3) The common Urf: Like the observance of certain restrictions for a certain matter in a particular place or country.
- 4) The special Urf: Like the administrative, the international and the commercial Urf.

Urf In International Law:

This kind of Urf starts with an ordinary action or behaviour from a country and is repeated over and over again until another country or countries adopt that action and utilize it in their interactions till the time when it becomes a legal precedent with a binding power. As a condition it should be practiced by a number of countries for a convincing period of time. It should not be opposed by other members of the international community, and it should have a general outlook

and Christianity, they are only sets of moral beliefs and teachings and neither of them included rules and laws to govern the earthly inter-relations and public deals with the purpose of organizing the relationship between one individual and the other, neither were there any laws for crimes and any imposed punishments. Whereas Islam included all that and thus serving as religion and law at the same time.

Definition of (Urf) Custom:

Urf is a number of rules and practices established through experience in one society in the presence of certain factors and conditions. These rules and practices are connected with law in one way or another, whatever that law may be, and do the same function in the field which is organized by them. There are many kinds of (Urf); international, commercial, criminal, civil, administrative, labour and familial. All these kinds of Urf have not been imposed by any authority officially but they were self-imposed through practice. Urf expresses many subjects as:

Firstly:

It expresses the idea of the legality of the philosophy of law which supports the legal principles.

Secondly:

It can also express the general principles accepted as the basis of justice or the basis of the natural law or the common law and the like.

The Role of Urf:

Urf is playing a great role as a source feeding all kinds of laws; like the international law, the national law either for interior or exterior affairs. It is the main common factor in all institutions such as religion and ethics which means that it is not only the source of the basic laws, but also the source for all legal foundations which control and organize society. From Urf law can be developed to keep pace with the changes of civilization in our modern times. The importance of Urf can be seen in two of its obvious characteristics. Firstly its continuity. Legal courts refer to it and apply its rules on many cases and secondly, it offers great help to jurists themselves when introducing a new law.

2) The Common Law:

According to the latin concept, it is unrecorded law. It resembles the natural law in many ways but differs in that it relies on the judicial precedents accumulated as a result of practical application, whereas the natural law did not emerge as a result of any incident but was found as an outcome of life itself. The common law is to be found in certain countries and not in others. It is not enforced by any kind of enforcing authority but nevertheless it is binding to its followers.

3) The Secular Law:

This law includes a lot of diverse rules and general principles which are binding to all concerned people. It includes specific procedures to guarantee this binding. These rules and principles are implemented either by one person or a group of persons because it was necessary for those people at that time to have a sort of law to define boundaries and organise their inter-relations and to bring about justice by way of protecting people, their freedom and their property.

4) Principles of Ethics:

These are a number of ideal rules which intend to guide people in a society to the best and most correct way to be followed and define for them the good and the evil. The source of these principles is Allah; or according to the western jurisprudence terminology, the natural law, because it is not imposed by any external authority. The concern of this law, or principles, is with morals and not with materialistics. There are no material punishments but they have moral effect; and we believe that they are binding and, moreover, will be recompensed by Allah.

5) Principles of Religion:

Religion, like ethics and the natural law, includes some principles previously present in that society in which religion is found, but religion is different in that it is originating from Allah, Creator of earth and the heavens and what is in between them. True religion is what is sent from Almighty Allah by the means of His Messengers and we do not believe that there are religions, as such, other than the three religions - Judaism, Christianity and Islam. In the old times all the laws were divine and this is the essence of all laws and the essence of Truth and Right. These are unchangeable concepts unlike the secular law which is subject to changes. As for Judaism

THE THEORY OF (URF) CUSTOM AS A SOURCE OF JUDGEMENT

By ***Dr. Abdul Rahman
Abdul Aziz Al Qassim**

SECTION - I

This article researches into and includes the various laws which govern the different behaviours in any one society. These laws are:

1) The Natural Law:

Which is a number of correct general principles including the basic rights necessarily required for life. These rights are not a grant from a ruler or a government, but bestowed by Almighty Allah upon man. While enjoying these rights, every individual has to respect the rights of other people especially the three basic rights of private life; the right to live; the right to live freely, according to the customs of society and the right of private ownership. The protection and maintaining of any of these rights depends on the protection and maintaining of the rights of other people.

The function of natural law is the same as that of the other principles of the laws guiding, directing and controlling the behaviour of the individuals. However, the natural law has filled its position and achieved its goals during the era of the individual doctrine.

*L.L.D. Cairo University.

*- Ex-Assistant Professor, King Saud University, Riyadh.

- Presently a lawyer.

- Have numerous researches and articles on law and Sharia.

The enemies of Allah who do not follow the path of knowledge as such they follow or imitate. It brings great disasters when one does not act as knowledge dictates.

It is narrated of the ancestors:-

"The one who acts according to what one knows, Allah gives him knowledge of what he does not know". And this saying refers to the verse in the Quran:

"But to those who receive
Guidance, He increases
The (light of) Guidance,
And bestow on them
Their Piety and Restraint.
(From evil).⁽¹⁾

9. It is the duty of the youths in particular and all muslims in general to take good care of this matter, to be very keen in their studies and learn about Fiqh and act accordingly. They should know that the most important thing in Islam after the two - Shihada - are the five prayers. Observing their performance is observing one's religion and neglecting them is neglecting one's religion. My advice to all youths and all Muslims to always fear Allah, perform prayer in its prescribed times and in congregation in mosques, to offer Zakat, to observe Ramadan in its time and to perform Haj, when capable of once in a life time.
10. One of the great duties is the obedience of one's parents and being good to them and keeping good links with blood relatives, being hospitable to one's guests, being always, enjoining good and prohibiting the forbidden, the carrying out of trust and abstention from all that is prohibited by Allah like adultery, theft, drinking of the intoxicants, usury, slander, false evidence and perjury.
11. For the youths to attain this, they should endure and persevere in doing the good all the way no matter how difficult that may seem. They should observe Allah in all that they intend to do so that they can perform this undertaking.

They should abstain from approaching the prohibited among which are the narcotics and all kinds of intoxicants because the evil in them is enormously destructive.

(1) Sura Muhammad - The Prophet - Verse 17.

wine is not "haram" interdicted. Or calling for the permission of disobedience of parents and the like. Those people are Kafirs.

7. The youths have an important role. They are the strength of the nation after Allah. All good is expected from them and the victory for the religion of Allah in the days to come if they are straight in their conduct and learned their religion. A great responsibility is put on their shoulders to stand with the true and the righteous and fight against the false and those advocating for it. It is the duty of every young man or young woman of a responsible age to learn about religion from the holy Quran and from the purified Sunnah and by asking and consulting men of learning known for their good deeds and beliefs. They should also study the Sunnah - the Prophet's sayings - and learn them by heart and call others to do the same, because the Sunnah is the second source of the inspired message to our Prophet, peace be upon him, after the first source the Quran.

Allah says:-

"Say: obey God, and obey
The Apostle: but if ye turn
Away, he is only responsible
For the duty placed on him
And ye for that placed
On you. If ye obey him,
Ye shall be on right guidance.
The Apostle's duty is only
To preach the clear (Message)"⁽¹⁾

It is deserving of the young men of learning in schools, universities and in learning circles to hold firm to the book of Allah and the Sunnah by following what is preached in them and abstain from what is interdicted by them knowingly and willingly with the purpose of attaining the straight path of Allah. They should also ask the guidelines from the Quran and the Sunnah and compare that with what they study to be able to have insight in what they are learning.

8. It is the duty of the youths to follow the path of knowledge by doing the duties and rejecting the abstentions. This is the utmost goal of knowledge. One of the catastrophies is that some people learn but do not follow and practice what they have learnt.

⁽¹⁾ Surah Al-Nur - Light - Verse 34.

So it is the duty of both man and jinn to obey this Messenger, peace be upon him, follow his path and keep steadfast his way by saying and by doing, by strongly believing in him and loving him the true love above all other love even that for oneself, ones wife and ones off-spring and all other people. By so doing man would be saved and succeed in his earthly life and in the Hereafter and will have happiness and happy ending.

As Allah says:-

"So it is those who believe
In him, honour him,
Help him, and follow the Light
Which is sent down with him.
It is they who will prosper."⁽¹⁾

5. It is the duty of all responsible men and women to worship Allah alone and endue him with all sorts of worship and obey Him Almighty by following His Sharia devotedly and faithfully and following His Messenger, peace be upon him.

Worship is a right of Allah alone and nobody has a share in that right.

Allah says:-

"The Lord hath decreed
That ye worship none but Him."⁽²⁾

And one who worships other than Allah is a polytheist who associates with God like the one who worships the sun, the moon or the stars, or the idols or the prophets or the saints or any other creature of Allah and ask help from them.

6. Anybody who alleges that it is permissible to enjoin others in the worship of Allah like worshipping the trees, idols, the stones or even the prophets or the jinns is a blasphemer and disbeliever. And those who are ingracious to Allah and refuse to perform the assigned duties of religion which are understood by necessity are also kafirs just like those who deny prayers, zakat, or also deny fasting during Ramadan and Haj when capable. Or when they allow such licentious acts like homosexuality; or saying that

(1) Sura Araf - The Heights - Verse 157.

(2) Sura Bani Israil - the children of Israel - Verse 23.

by observing the imperative orders and abstaining from the prohibitions with humbleness, with submission and with love to Him and to His Messenger.

3. This worship is only known in its full details through Allah's Messengers. They explain it to the people and show them guided by the books Allah sent down to them and through His revelations to these prophets.

Allah says:-

"We sent aforetime
Our Apostles with clear Signs
And sent down with them
The Book and the Balance
(Of Right and Wrong) so that men
Might uphold justice."⁽¹⁾

4. It is also understood that Prophet Muhammad, peace be upon him, is consigned to this nation as a whole and is thus made the last and seal of the Prophets. Many Prophets preceded Prophet Muhammad, peace be upon them, and each one of them was sent with a specific message to his people but our Prophet Muhammad, peace be upon him, is sent to all the people universally.

Allah says:-

"We have not sent thee
But as a universal (Messenger)
To men, giving them
Glad tidings, and warning them
Against sin."⁽²⁾

And in another verse:-

"Muhammad is not
The father of any
Of your men, but, (he is)
The Apostle of God,
And the Seal of the Prophets."⁽³⁾

(1) Sura Hadid - Iron - Verse 25.

(2) Sura Saba - the city of Saba - Verse 28.

(3) Sura Alkah - The confederates - Verse 40.

DUTY OF YOUTHS

***BY HIS EMINENCE SHEIKH
ABDEL AZIZ IBN BAZ**

1. To start with it is well understood that Allah Almighty created mankind and jinn with sole purpose of giving worship and service to Him alone and not associate any gods with Him. Allah sent down Messengers to call people to this duty of worship.

Allah says:

"I have not created
Jinns and mankind
Except to serve Me".

"No sustenance do I require
Of them, nor do I
Require that they should
Feed me."⁽¹⁾

And in another verse:

"For God is He Who
Gives (all) Sustenance, -
Lord of Power.
Steadfast (for ever)".⁽²⁾

2. Worship is the full obedience and submission to Allah Almighty and obedience to His Prophet Muhammad, peace be upon him,

*His Eminence worked for a long time in the judiciary. He was president of the Islamic University in Madinah.

Presently he is President of Presidency General of Religious Research, Ifta, Call and Guidance.

(1) Sura Zariyat - The Winds That Scatter - Verse 56-57.

(2) Sura Zariyat - Verse 58.

is very rare nowadays to read a famous daily newspaper without coming across a medical or economical theory or judicial rules or jurisprudence thought. It is true that such quick glances would not satiate the specialist learner's search for knowledge, but the general reader, who is meant by the message, will get some knowledge and the specialist reader would get guidelines to what he should research into.

If the Muslim reader takes interest in following the news about medical breakthroughs or a cultural achievement in which he finds great satisfaction, he also should take interest in the problems of his creed and its Fiqh so as to be able to face the problems in his life.

Having all this in mind, our interest in this journal is directed towards the general reader. We intend to explain to him for instance, the meaning of the five necessities or needs (which are, religion, self, mind, offspring and property) and show him that observing one's religion, in all its fundamentals and in all its branches, is a Sharia obligation which one should abide by in his daily living, and in his conduct where ever one might be. We also intend to show him that protecting one's self does not only mean responding to the calls of the instinct of survival, but before that responding to the Sharia obligation of protecting the self from all evils. We try to show the reader that this obligation transcends his own self protection and extends to the protection of other people's; and that he should be aware of that when he is driving his car or conducting any kind of deals and so forth.

We would like the general reader to know about the resolutions issued by Al Majma' Al Fiqhia and because of this we decided that each article published in the journal would be followed by a summary of the article for the benefit of the reader.

In publishing the resolutions of the Majma'a Al Fiqhia it is not only intended for the reader to find Sharia directives and imperatives from very learned men, but because he would also find short answers and remedies to a problem he faces or to a recurring question.

The correspondences and messages we receive inform us that the general reader is no less interested than the specialist reader in the jurisprudence researches and the Fiqhia resolutions published in the journal. This response and trend motivated us to think of adding a new chapter for Fatawa which will be implemented soon in the journal for the benefit of the general reader, for whom this journal was originally published.

A LETTER FROM THE STAFF

One of the scholars conveyed his encouragements to us in the journal herepraising that which deserved his praise and observed some points which were worthy of his observations.

We understood from his conversation that the journal is generally speaking directed to a special sort of readers and not to the ordinary, or general, reader who does not usually have the time and patience to dig into the details of Fiqh particulars and the intricate view points of different mathabib, with numerous references and evidences.

The ordinary reader, as the learned man thinks, would like to read a quick, exciting story which would intensify his emotions towards any incidental events and would reveal the ambiguities of a subject which has attracted his attention within the rapid rhythm of life; the endless duel of everyday problems and complications. He would like to read about a tangible matter which is worrying him and interacts with his responses.

Our response to these observations is that the ordinary general reader is not contained in these suppositions, although a number of such readers are interested in the simple easy sort of research. The general reader, in our opinion, is the one to whom any scientific research is directed whatsoever the speciality of that research was. Not even mathematical or chemical theories are directed to a special category of people, nor, for that matter, the Fiqh doctrines or the judiciary rules are meant for such special people. On the contrary, the general reader is the one who is addressed here even though these theories and rules seem to be of a special appearance.

Judging from this, it is very essential in our opinion to find the method to facilitate communicating this knowledge to the general reader even though this knowledge would appear of a special nature. The modern daily publishing circles have come to discover this fact. It

«Whom Allah intends good grants him
the knowledge and insight in Religion». Hadith

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Specialised in Islamic Jurisprudence

Editor-in-Chief

Dr. Abdul Rahman Hassan Al Nafisah

Price per copy:

K.S.A. and O.C.C. countries: SR. 12
or equivalent

Other Arab countries:

US \$ one or equivalent

Other countries:

US \$ 5

Annual Subscription:

For govt. offices and agencies:

S.R. 100

For individuals: SR 100

Postage extra for mailing
outside the Kingdom.

Address:

Badia, North east of Princess Sarah Mosque,
Riyadh, K.S.A.

Mailing Address:

P.O.Box 1918 Riyadh
Kingdom of Saudi Arabia
Phone 4351872 Fax 4352297

Distributors: Saudi Distribution Co.

Riyadh : Tel. : 4779444

Jeddah : Tel. 6653353

NOV - DEC 1989 - JAN 1990

مطاهم دار البحوث